المغني

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي
المتوفى ٣٣٤ هـ

حقق هذا الجزء

محمود عبد الوهاب فايد و عبد القادر أحمد عطا

الجزء السابع

الناشر
مكتبة القاهرة
لصاحبها : علي يوسف سليمان
شارع الصنادقية - ميدان الأزهر بمصر
صندوق البريد ٩١٦ مصر

تنبيهات

١ — التعليقات المرموز إليها فى آخرها بحرف (ف) ومراجعة الضبط والترقيم من عمل ، الأستاذ محمود عبد الوهاب فايد.

٢ — تحقيق النص على المخطوطات،والتعليقات الخالية من الرمز فى آخرها ، ومراجعة تجارب الطبع ، من عمل الأستاذ عبد القادر أحمد عطا .

٣ — مابين حاصرتين هكذا [ ] فهو كلام ساقط من المطبوعات وأضيف من المخطوطات .

الطبعة الأولى المحققة

١٩٦٩ — ١٩٨٩

مطابع سجل العرب

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النكاح فى الشرع هو : عقد التزويج ، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ، ما لم يصرفه عنه دليل .
وقال القاضى : الأشبه بأصلنا أنه حقيقة فى العقد والوطء جميعاً ، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج ، لدخوله فى قوله تعالى[1] : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ[2] »وقيل : بل هو حقيقة فى الوطء ، مجاز فى العقد . تقول العرب : أنكحنا الفرَا فسنرى ، أى : أضربْنا فحل حمر الوحش أمه ، فسنرى ما يتولد منهما . يضرب مثلا للأمر يجتمعون عليه[3] ، ثم يتفرقون عنه . وقال الشاعر :

ومن أيِّم قد أنكحتْنا رماحُنا وأخرَى عَلَى خَالٍ وَعَمٍّ تلَهفُ[4]

والصحيح ما قلنا ، لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد فى الكتاب والسنة ، ولسان أهل العرف ، وقد قيل : ليس فى الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَه » .
ولأنه يصح نفيه عن الوطء ، فيقال: هذا سفاح ، وليس بنكاح . ويروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ » . ويقال عن السُّرِّيَّة : ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر . وما ذكره القاضى يفضى إلى كون اللفظ مشتركا ، وهو على خلاف الأصل ، وماذكره الآخرون يدل على الاستعمال ، فى الجملة ، والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر . ثم لو قدر كونه مجازا فى العقد ، لكان اسما عرفيا يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه ، لشهرته كسائر الأسماء العرفية .

٥٠٧١ (فصل)

والأصل فى مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ[5] » . الآية وقوله : « وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » .

وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « يَامَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فى قوله سبحانه (٢) سورة النساء آية ٢٢

(٣) قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجها منه بكرة وقال : أنكحنا الفرا فسنرى . ثم أساء الزوج عشرتها فطلقها . يضرب فى التحذير من سوء العاقبة (مجمع الأمثال ج ٢ ص ٢٩٨) (ف)

(٤) يعنى قد اتخذنا من أيامى العدو إماء وتركنا بعضهن ينعين أعمامهن وأخوالهن . (٥) النساء : ٣

فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ[١] » . متفق عليه فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع .

واختلف أصحابنا فى وجوبه ، فالمشهور فى المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع فى محظور بتركه ، فيلزمه إعفاف نفسه . وهذا قول عامة الفقهاء . وقال أبو بكر بن عبدالعزيز : هو واجب ، وحكاه عن أحمد ، وحكى عن داود : أنه يجب فى العمر مرة واحدة للآية والخبر .

ولنا : أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله : «فانْكِحُوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ» والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال: « مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ » . ولا يجب ذلك بالاتفاق ، فيدل على أن المراد بالأمر الندب ، وكذلك الخبر يحمل على الندب ، أو على من يخشى على نفسه الوقوع فى المحذور[٢] بترك النكاح . قال القاضى : وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبى بكر فى إيجاب النكاح[٣] .

٥٠٧٢ (فصــــــل)

والناس فى النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور[٤] إن ترك النكاح ، فهذا يجب عليه النكاح فى قول عامة الفقهاء ، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام ، وطريقة النكاح .

الثانى : من يستحب له ، وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع فى محظور ، فهذا الاشتغال [له] به أولى من التخلى لنوافل العبادة ، وهو قول أصحاب الرأى ، وهو ظاهر قول الصحابة رضى الله عنهم وفعلهم . قال ابن مسعود : لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام ، وأعلم أنى أموت فى آخرها يوما ، ولى طَوْل النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة : قال لى طاوس: لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبى الزوائد : ما يمنعك عن النكاح إلا عجز أو فجور قال أحمد فى رواية المروزى : ليست العزبة من أمر الإسلام فى شىء . وقال : من دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير الإسلام ، ولو تزوج بشر[٥] كان قد تم أمره .

---

(١) أى حصن ورباط يقيد الشهوة ويضعفها ، فلا تميل بصاحبها إلى حرام .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : فى المحظور (٣) أى يحمل حكمهما بالوجوب على حالة الخوف من الوقوع فى المحذور .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : الوقوع فى محظور .

(٥) يعنى بشر بن الحارث الحافى رضى الله عنه . كان من كبار الزهاد الورعين العلماء ، ولم يتزوج . انظر (مناقب الأبرار للموصلى) مخطوط تيمورية ج ١ ورقة ٩٥

وقال الشافعي : التخلي لعبادة الله تعالى أفضل ، لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله : « وَسَيِّداً وَحَصُوراً[١] » والحصور : الذي لا يأتي النساء ، فلو كان النكاح أفضل لما مُدح بتركه . وقال الله تعالى : « زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ[٢] » وهذا في معرض الذم . ولأنه عقد معاوضة ، فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع .

ولنا : ما تقدم من أمر الله تعالى به ، وحثه عليه ، وقال[النبي]صلى الله عليه وسلم : « وَلَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ ، وَأُصَلِّي وَأَرْقُد ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاء ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي » : وقال سعد : « لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أحله له لاختصينا » متفق عليهما . وعن أنس قال : كان النبي[٣] صلى الله عليه وسلم يأمرنا بالباءة ، وينهى عن التبتل نهياً شديداً ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكم الأمم يوم الْقِيَامة »[٤] . رواه سعيد .

وهذا حث على النكاح شديد ، ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب والتخلي عنه إلى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الأمر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ في العدد ، وفعل ذلك أصحابه ، ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلا بالأفضل ، ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى .

ومن العجيب أن من يفضّل التخلي لم يفعله[٥] فكيف اجتمعوا[٦] على النكاح في فعله ، وخالفوه في فضله ، فما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ، ويعمل بالأدنى[٧] ولأن مصالح النكاح أكثر ، فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه ، وتحصين المرأة وحفظها ، والقيام بها ، وإيجاد النسل ، وتكثير الأمة ، وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم ، وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة ، فمجموعها أولى .

---

(١) سورة آل عمران آية ١٤

(٢) سورة آل عمران آية ٣٩

(٣) في المخطوطة ١٨ : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٤) أخرجه أبو داود عن معقل بن يسار ج١ ص ٤٧٣ والنسائي ج٦ ص ٦٦ وليس فيها يوم القيامة (ف)

(٥) يريد بذلك أن الإمام الشافعي وهو القائل بأفضلية التخلي قد تزوج وأنجب أولاداً ، مع أنه كان كثير المرض عليل الصحة . رضي الله عنه .

(٦) في المخطوطة ١٨ : فكيف أجمعوا (٧) في المخطوطة : ١٨ : ويعمل بالأولى

وقد روينا فى أخبار المتقدمين : أن قوماً ذكروا لنبى لهم فضل عابد لهم فقال : أما إنه لتارك لشىء من السنة ، فبلغ العابد ، فأتى النبى فسأله عن ذلك ، فقال : إنك تركت التزويج . فقال : يا نبى الله وما هو إلا هذا ؟ فلما رأى النبى احتقاره لذلك قال : أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج ، من كان يقوم بالجهاد ، وينفى العدو ، ويقوم بفرائض الله وحدوده ؟ وأما ماذُكر عن يحيى فهو شرعه ، وشرعنا وارد بخلافه ، فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ، ولا يقاربها .

القسم الثالث : من لا شهوة له ، إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعِنِّين ، أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ، ففيه وجهان .

أحدهما : يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا .

والثانى : التخلى له أفضل . لأنه لا يحصّل مصالح النكاح ، ويمنع زوجته من التحصين بغيره ، ويضرّ بها بحبسها على نفسه ، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها ، ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والأخبار تُحْمَل على من له شهوة ، لما فيها من القرائن الدالة عليها .

وظاهر كلام أحمد : أنه لا فرق بين القادر على الإنفاق والعاجز عنه ، وقال : ينبغى للرجل أن يتزوج ، فإن كان عنده ما ينفق أنفق ، وإن لم يكن عنده صبر ، ولو تزوج بشر كان قد تم أمره. واحتج بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عنده شىء ، ويمسى وما عنده شىء[1] ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم زوّج رجلا لم يقدر إلا على خاتم حديد ، ولا وجد إلا إزاره[2] ولم يكن له رداء . أخرجه البخارى . قال أحمد فى رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال : الله يرزقهم، التزويج أحصن له ، ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه ، وهذا فى حق من يمكنه التزوج[3] فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى : «وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ »[4]

٥٠٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا نكاح إلا بولى وشاهدين من المسلمين ﴾

فى هذه المسألة أربعة فصول :

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : وما عندهم شىء ، فى الفقرة كلها .

(٢) وعلى هذا جرى السلف بعد الصحابة ، فقدزوج سعيد بن المسيب ابنته لطالب علم فقير بدرهمين أو ثلاثة ولهذا الزواج قصة طويلة مفصلة . انظرها فى (سير السلف للحافظ اسماعيل الأصفهانى) مخطوط بالأزهرية فى حرف السين وفى وفيات الأعيان لابن خلكان ج ٢ ص ١١٨

(٣) فى الأصول (التزويج) . وما ذكرناه أوضح

(٤) سورة النور آية ٣٣

٥٠٧٤ أحـــدها

أن النكاح لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها فى تزويجها ، فإن فعلت لم يصح النكاح . روى هذا عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس، أبى هريرة وعائشة،رضى الله عنهم . وإليه ذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وابن المبارك ، وعبيد الله العنبرى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد . وروى عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح ، وأبى صالح ، وأبى يوسف : لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولى ، فإن فعلت كان موقوفا على إجازته .

وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها وغيرها ، وتوكل فى النكاح ، لأن الله تعالى قال : «فلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ »[١] أضاف النكاح إليهن ، ونهى عن منعهن منه ، ولأنه خالص حقها ، وهى من أهل المباشرة ، فصح منها كبيع أمتها ، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها — وهو تصرُّف فى رقبتها — وسائر منافعها ، ففى النكاح الذى هو عقد على بعض منافعها أولى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيّ » . روته عائشة ، وأبو موسى ، وابن عباس. قال المروزى : سألت أحمد ويحيى عن حديث « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيّ »[٢] فقالا : صحيح .

وروى عن عائشة أن النبى صلّى الله عليه وسلم أنه قال : « أَيمَا امْرَأةٍ أَنْكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيها فنكاحها باطِلٌ باطلٌ باطلٌ ، فإن أصَابها فَلَها المَهْرُ بما استَحل مِنْ فَرْجِها ، فإنْ اشتَجروا فالسُّلطان وَلِيُّ مَنْ لاَوَلِى لَهُ » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، وغيرهما . فإن قيل : إن الزهرى رواه وقد أنكره . قال ابن جريج[٣]:سألت الزهرى[٤] عنه فلم يعرفه ، قلنا له : لم يقل هـــذا عن ابن جريج غير ابن علية[٥] ، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى[٦] : ولو ثبت هذا لم يكن حجة ، لأنه قـد نقله ثقات عنه ، فلو نسيه الزهرى لم يضره ، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان . قال النبى صلى الله عليه وسلم : « نَسِيَ آدمُ فَنَسِيتْ ذُرّيته » ولأنها مُوَلى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة ، وأما الآية فإنّ عَضْلها : الامتناع من تزويجها ، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولى ، ويدل عليه أنهـا نزلت فى شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته ، فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم فزوجها ، وأضافه إليها ، لأنها محل له .

---

(١) البقرة آية ٢٣٢ (٢) أخرجه أبو داود والترمذى وغيرهما . انظر (سنن أبى داود جا ص٤٨١) (ف)
(٣) هو عبد الملك بن عبدالعزيزبن جريج. مات عام ١٥٠ هـ (ف)
(٤) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهرى ـ مات سنة ١٢٤ هـ (ف)
(٥) هو إسماعيل بن علية القاضى (ف) (٦) هو يحيى بن معين ناقد الرجال المعروف عاصر الإمام أحمد .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن أحمد لها تزويج أمتها ،وهذا يدل على صحة عبارتها فى النكاح ، فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها ، وتزويج غيرها بالوكالة ، وهو مذهب محمد ابن الحسن، وينبغى أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » ، فمفهومه صحته بإذنه . ولأن المرأة إنما مُنعت الاستقلال ، بالنكاح لقصور عقلها ، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة ، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها .

والصحيح الأول ، لعموم قوله : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ . وهذا يقدم على دليل الخطاب . والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها ، والعلة فى منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها . وميلها إلى الرجال ، وذلك ينافى حال أهل الصيانة والمروءة ، والله أعلم .

٥٠٧٥ (فصل)

فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ، أو كان المتولى لعقده حاكما ، لم يجز نقضه ، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة ، وخرّج القاضى وجهاً فى هذا خاصة أنه يُنقض، وهو قول الإصطخرى من أصحاب الشافعى ، لأنه خالف نصّا ، والأول أولى ، لأنها مسألة مختلف فيها ، ويسوغ فيها الاجتهاد ، فلم يجز نقض الحكم ، كما لو حكم بالشفعة للجار ، وهذا النص متأول ، وفى صحته كلام ، وقد عارضه ظواهر .

٥٠٧٦ (الفصل الثانى)

أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين . هذا المشهور عن أحمد ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وهو قول ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والنخعى ، وقتادة ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى .

وعن أحمد : أنه يصح بغير شهود ، وفعله ابن عمر ، والحسن بن على ، وابن الزبير ، وسالم وحمزة[1] ابنا ابن عمر . وبه قال عبد الله بن ادريس ، وعبد الرحمن بن مهدى ، ويزيد بن هارون ، والعنبرى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وهو قول الزهرى ، ومالك ، إذا أعلنوه[2] .

قال ابن المنذر : لا يثبت فى الشاهدين فى النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر : قد روى عن النبى صلى الله

(١) سالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر بن الخطاب كلاهما فقيه . مات سالم عام ١٠٦ هـ . ا (ف)
(٢) أى إذا أعلنوا النكاح : إذ المراد من الشهود الإعلان .

عليه وسلم : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ وشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْن »[1]. من حديث ابن عباس ، وأبى هريرة ، وابن عمر ، إلا أن فى نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره .

قال ابن المنذر : وقد اعتق النبى صلى الله عليه وسلم صفية ابنة حيي وتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك: « اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس ، فقال الناس : ما ندرى أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ، فلما أن أراد أن يركب حجبها ، فعلموا أنه تزوجها »[2] . متفق عليه . قال : فاستدلوا على تزويجها بالحجاب . وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالإشهاد فى البيع دون النكاح ، فاشترط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوا للبيع . ووجه الأولى : أنه قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ » ورواه الخلال بإسناده .

وروى الدارقطنى ، عن عائشة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ : الْوَلِيِّ ، والزَّوْجِ ، وَالشَّاهِدَيْنِ » ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين ، وهو الولد ، فاشترط الشهادة فيه ، لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه ، بخلاف البيع .

فأما نكاح النبى صلى الله عليه وسلم بغير ولى وغير شهود ، فمن خصائصه فى النكاح فلا يلحق به غيره[3] .

٥٠٧٧ (الفصـــــل الثالث)

أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين، سواء كان الزوجان مسلمين ، أو الزوج وحده ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ، قال أبو الخطاب : ويتخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التى تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض .

ولنا قوله عليه السلام : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنه نكاح مسلم ، فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين .

٥٠٧٨ (فصـــــل)

فأما الفاسقان ففى انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان .

إحداهما : لا ينعقد ، وهو مذهب الشافعى للخبر ، ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما ، فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين .

---

(١) وأخرجه الدارقطنى بلفظ : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » .(ف)

(٢) القصة بطولها فى صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٤٦ باب فضيلة إعتاقه جارية ثم يتزوجها . (ف)

(٣) انظر خصائصه صلى الله عليه وسلم فى الزواج فى (خصائص النبى) لسراج الدين بن الملقن . مخطوط بدار الكتب المصرية فهرس التاريخ .

والثانية : ينعقد بشهادتهما ، وهو قول أبي حنيفة . لأنها تَحَمُّل، فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة ، بل ينعقد بشهادة مستوري الحال ، لأن النكاح يكون فى القرى والبادية ، وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة ، فاعتبار ذلك يشق ، فاكتفى بظاهر الحال ، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه .

فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك فى العقد ، لأن الشرط العدالة ظاهرا ، وهو ألا يكون ظاهر الفسق ، وقد تحقق ذلك .وقيل : يتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط ، وليس بصحيح ، لأنه لو كانت العدالة فى الباطن شرطا لوجب الكشف عنها ، لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا (فى شرط النكاح)[1] فلا ينعقد ، ولا تحل المرأة مع الشك فى صحة نكاحها ، وإن حدث الفسق فيهما لم يؤثر فى صحه النكاح ، لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولى وشاهدى عدل قبل قولهما ، وثبت النكاح باقرارهما .

٥٠٧٩ (فصـــل)

ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين ، وهذا قول النخعى ، والأوزاعى ، والشافعىّ . وعن أحمد أنه قال : إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ، وإن كان معهن رجل فهو أهون ، فيحتمل أن هذا رواية أخرى فى انعقاده بذلك ، وهو قول أصحاب الرأى ، ويروى عن الشعبى ، لأنه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع .

ولنا : أن الزهرى قال : مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تجوز شهادة النساء فى الحدود ، ولا فى النكاح ، ولا فى الطلاق ، رواه أبو عبيد فى الأموال ، وهذا ينصرف إلى سنة النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه عقد ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويحضره الرجال فى غالب الأحوال ، فلايثبت بشهادتهن كالحدود . وبهذا فارق البيع ، ويحتمل أن أحمد إنما قال : هوأهون ، لوقوع الخلاف فيه ، فلا يكون رواية .

٥٠٨٠ (فصـــل)

ولا ينعقد بشهادة صبيين ، لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ، ولا ينعقد بشهادة مجنونين ، ولا سائر من لا شهادة له ، لأن وجوده كالعدم ، ولا ينعقد بشهادة أصمين ، لأنهما لا يسمعان . ولا أخرسين ، لعدم إمكان الأداء منهما . وفى انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان ، بناء على قبول شهادتهم . وفى انعقاده بشهادة عدوين ، أو ابنى الزوجين ، أو أحدهما وجهان .

---

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة .

أحدهما : ينعقد ، اختاره أبو عبد الله بن بطة ، لعموم قوله : « إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ » ، ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج ، فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول .

والثانى: لا ينعقد بشهادتهما ، لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده .

٥٠٨١ (فصـــــل)

وينعقد بشهادة عبدين ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما فى سائر الحقوق ، ونذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضريرين ، وللشافعية وجهان فى ذلك .

ولنا : أنها شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة ، وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت ، وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما ، كما يعلم ذلك من يراهما ، وإلا فلا .

٥٠٨٢ (فصـــــل)

وإذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها ، أو يفسخ نكاحها . وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه[1] ، نص عليه أحمد ، وقال الشافعى : لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق ، لأنه نكاح غير منعقد ، أشبه النكاح فى العدة .

ولنا : أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد ، فاحتيج فى التفريق فيه إلى إيقاع فرقة ، كالصحيح المختلف فيه ، ولأن تزويجها من غير تفريق يفضى إلى تسليط زوجين عليها ، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ، ونكاح الآخر الفاسد[2] ، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين ، وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثانى أيضاً ، ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان ، أو يفسخ نكاحهما ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض ، فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد ، وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر، بدليل قوله عليه السلام : « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ». وإن تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ، ولأنه إصابة فى عقد فاسد ، أشبه الإصابة فى عقد صحيح .

٥٠٨٣ (فصـــــل)

والواجب لها مهر مثلها ، أومأ إليه أحمد ، فإنه قال فى العبد يتزوج بغير إذن سيده : يعطى شيئاً . قال القاضى : يعنى مهر المثل ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لقوله : وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فسخه الحاكم .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ونكاح الآخر فاسد .

فإن دخل بها الثانى فلها مهر مثلها ، وهذا مذهب الشافعى . والمنصوص عن أحمد : أن لهـا المسمى ، لأن فى بعض ألفاظ حديث عائشة : « وَلَهَا الَّذِى أَعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا » .

قال القاضى : حدثناه أبو بكر البرقانى ، وأبو محمد الخلال ، بإسناديهما . وقال أبو حنيفـة : الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل ، لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح ، وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائد ، (لأنه)[1] بغير عقد صحيح .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم: « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . فجعل لها المهر بالإصابة ، والإصابة إنما توجب مهر المثل ، ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر ، وأنه لو طلقها قبل مسِّها لم يكن لها شىء ، وإذا لم يكن موجباً كان وجوده كعدمه ، وبقى الوطء موجباً بمفرده ، فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ، ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل ، فإذا فسد العقـد من أصله (كان)[2] أولى . وقول أبى حنيفة : إنها رضيت بدون صداقها ، إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة ، فيجب مهر المثل[3] كاملا ، كوطء الشبهة .

٥٠٨٤ (فصـــــل)

ولا يجب لها بالخلوة شىء فى قول أكثر أهل العلم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بمـا استحل من فرجها ، يعنى أصاب . ولم يصبها[4] ، والمنصوص عن أحمـد أن المهر يستقر بالخلوة قياساً على العقد الصحيح ، وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد ، وقد ذكرنا ذلك .

٥٠٨٥ (فصـــــل)

ولا حد فى الوطء [فى] النـكاح[5] الفاسد ، سواء اعتقد حله أو حرمته ، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء فى النـكاح بلا ولى إذا اعتقد حرمته ، وهو اختيار السمرقندى[6] من أصحاب الشافعى . لمـا روى الدارقطنى بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، إِنَّ الزَّانِيَةَ هِىَ الَّتِى تُزَوِّجُ نَفْسَهَا » . وبإسناده عن الشعبى قال : ما كان أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أشد فى النـكاح بغير ولى من علىّ رضى الله عنه ، كان يضرب فيه . وروى الشالنجى بإسناده عن عـكرمة بن خالد : أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب ،

(١) ساقطة من جميع النصوص المخطوطة .
(٢) الـكلمة ساقطة من جميع النصوص المخطوطة .
(٣) فى جميع النصوص الخطية: فوجب مهر المثل .
(٤) أى ولم تتحقق الإصابة بمجرد الخلوة .
(٥) فى الطبعة الثالثة . ولاحد فى وطء النكاح الفاسد .
(٦) فى المخطوطات : الصيرفى .

لخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولى ، بصداق وشهود ، فلما قدموا على عمر رضى الله عنه رفع إليه أمرها ، ففرق بينهما ، وجلد الناكح والمنكح .

ولنا : أن هذا مختلف فى إباحته ، فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، والاختلاف فيه أقوى الشبهات ، وتسميتها زانية تجوز ، بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وعمر جلدها أدباً وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة ، وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله ، وكذلك حديث على ، على أن حديث على حجة على من أوجب الحد (فيه)[1] ، فإن عليا أشد الناس فيه ، وقد انتهى الأمر إلى الجلد ، فدل على أن سائر الصحابة[2] لم يروا فيه جلداً ، فإن قيل : فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه ، قلنا : هو مفارق لمسألتنا ، بدليل أنا نَحُد من اعتقد حله ، ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه ، وهذا المختلف فيه يغنى عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا .

فإذا ثبت هذا ، فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدب ، لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ، ومن اعتقد حرمته ، أثم وأدب ، وإن أتت بولد منه لحقه نسبه فى الحالين .

٥٠٨٦ (فصــــــل)

فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه ، فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه .

٥٠٨٧ (فصــــــل)

ويساوى الفاسد الصحيح فى اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه ، لكون النسب لاحقاً به . فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما ، لعدم الحاجة إليه ، وتجب العدة بالخلوة فيه ، وعدة الوفاة بالموت فيه ، والإحداد ، وكل ذلك احتياطاً لها .

ويفارق الصحيح فى أنه لا يثبت التوارث ، ولا تحصل به الإباحة للمتزوج ، ولا تحل[3] للزوج المطلّق ثلاثاً بالوطء فيه ، ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ، ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه ، ولا يحرم الطلاق فيه فى زمن الحيض .

٥٠٨٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ﴾

إنما قيد المرأة بالحرة ههنا لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها ، وإنما وليها سيدها بغير خلاف علمناه . وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ، ولا ولاية لأحد معه ، وبهذا قال الشافعى ، وهو المشهور عن

---

(١) الكلمة ساقطة من النصوص المخطوطة . (٢) فى المطبوعة : سائر الناس والصحابة .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : ولا الحل .

أبي حنيفة ، وقال مالك ، والعنبرى ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، وابن المنذر : الابن أولى ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه أولى منه بالميراث ، وأقوى تعصيباً ، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده .

ولنا : أن الولد موهوب لأبيـه ، قال الله تعالى : « وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى »[1] . وقال زكريا : « رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لدنك ذرية طيبة »[2] ، وقال : « فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا »[3] وقال إبراهيم : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ »[4] ، وقال صلى الله عليه وسلم : «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ[5]» ، وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة ، فوجب تقديمه فى الولاية كتقديمه على الجـد ، ولأن الأب يلى ولده فى صغره وسفهه وجنونه ، فيليه فى سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه ، بخلاف ولاية الابن . ولذلك اختص بولاية المال ، وجاز له أن يشترى لها من ماله ، وله من مالها إذا كانت صغيرة ، بخلاف غيره ، ولأن الولاية احتـكام ، واحتـكام الأصل على فرعه أولى من العـكس ، وفارق الميراث ، فإنه لا يعتبر له النظر ، ولهذا يرث الصبى والمجنون ، وليس فيه إحتـكام ولا ولاية على الموروث ، بخلاف ما نحن فيه .

٥٠٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أبوه وإن علا ﴾

يعنى أن الجـد أبا الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء ، وهو قول الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الابن مقدم على الجد ، وهو قول مالك ، ومن وافقه ، لما تقدم .

وعن أحـمـد رواية ثالثة : أن الأخ يقدم على الجد[6] وهو قول مالك ، لأن الجد يدلى بأبوة الأب ، والأخ يدلى ببنوته والبنوة مقدمة ، وعن أحمد : أن الجد والأخ سواء ، لاستوائهما فى الميراث بالتعصيب ، فاستويا فى القرابة ، فوجب أن يستويا فى الولاية كالأخوين ، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر ، فاستويا فى الولاية كالأخوين .

ولنا : أن الجد له إيلاد وتعصيب ، فيقدم عليهما كالأب ، ولأن الابن والأخ يقادان بها ، ويقطعان[7] بسرقة مالها ، والجد بخلافه ، لا يسقط فى الميراث إلا بالأب ، والأخ يسقط به وبالابن وابنه ، وإذا ضاق

(١) سورة الأنبياء آية ٩٠ . (٢) سورة آل عمران آية ٣٨ . (٣) سورة مريم آية ٥
(٤) سورة إبراهيم آية ٣٩ . (٥) أخرجه ابن ماجة عن جابر بن عبد اللـه رضى اللـه عنه . (ف)
(٦) فى المخطوطات التى بين أيدينا : مقدم على الجد .
(٧) قول ابن قدامة فى شأن الابن والأخ « ويقطعان بسرقة مالها » مسلم عند الحنابلة فى الأخ أما الابن إذا سرق من أمه فلا تقطع يده إلا على ظاهر قول الخرقى كما سيأتى . (ف)

المال وفى المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده ، فوجب تقديمه عليهما كالأب ، ولتقدمه على العم وسائر العصبات. إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب ، وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم فى الميراث[١] .

٥٠٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم ابنها وابنه وإن سفل ﴾

وجملته: أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ، ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته ، الأقرب فالأقرب منهم ، وبه قال أصحاب الرأى . وقال الشافعى: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم ، أو مولى ، أو حاكما ، فيلى بذلك لا بالبنوة، لأنه ليس بمناسب لها ، فلا يلى نكاحها كخالها ، ولأن طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها .

ولنا : ماروت أم سلمة رضى الله عنها أنها لما انقضت عدتها ، أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها ، فقالت : يارسول الله ، ليس أحد من أوليائى شاهداً قال : « لَيْسَ مِنْ أَوْلِيائِكِ شاهِدٌ ولا غائِبٌ[٢] يكْرَهُ ذاكِ» فقالت : قم ياعمر[٣] فزوِّج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه ، رواه النسائى . قال الأثرم : قلت لأبى عبدالله : فحديث عمر بن أبى سلمة حين تزوج النبى صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة ، أليس كان صغيراً قال : ومن كان صغيراً ليس فيه بيان ، ولأنه عدل من عصبتها ، فثبت له ولاية تزويجها كأخيها ، وقولهم : ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى ، وقولهم : إن طبعه ينفر من تزويجها قلنا : هذا معارض فى الفرع ليس له أصل ، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى حاكما .

إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته ، لأنه أقوى منه تعصيباً ، وقد استويا فى عدم الإيلاد .

٥٠٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أخوها لأبيها وأمها ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى تقديم الأخ بعد عمودى النسب ، لكونه أقرب العصبات بعدهم ، فإنه ابن الأب ، وأقواهم تعصيباً ، وأحقهم بالميراث .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ وأحقهم بالميراث . (٢) فى المخطوطة ٢٠ ، ١٨ : حاضر ولا غائب .

(٣) فى الأصول « عمرو» وصوابه « عمر» وترجمته فى تهذيب الأسماء للنووى مجلد ١ ج ٢ ص ١٦ . والحديث فى سنن النسائى بشرحه ج ٦ ص ٨٢ ف

٥٠٩٢ ﴿ مسألة ﴾

﴿ والأخ للأب مثله ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا ، فالمشهور عنه : أنهما سواء فى الولاية ، وبه قال أبو ثور ، والشافعى ، فى القديم ، لأنهما استويا فى الإدلاء بالجهة التى تستفاد منها العصوبة وهى جهة الأب ، فاستويا فى الولاية ، كما لو كانا من أب ، وإنما يرجح الأخ فى الميراث بجهة الأم ، ولا مدخل لها فى الولاية ، فلم يرجح بها ، كالعمين أحدهما خال ، وابنى عم أحدهما أخ من أم .

والرواية الثانية : الأخ من الأبوين أولى ، واختارها أبو بكر ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى فى الجديد ، وهو الصحيح إن شاء الله ، ولأنه حق يستفاد بالتعصيب، فقدم فيه الأخ من الأبوين كالميراث ، وكاستحقاق الميراث بالولاء ، فإنه لا مدخل للنساء فيه ، وقد قدم الأخ من الأبوين فيه وبهذا . يبطل ما ذكرناه للرواية الأولى ، وهكذا الخلاف فى بنى الإخوة والأعمام وبنيهم .

فأما إذا كان ابنا عم لأب ، أحدهما أخ لأم ، فهما سواء ؛ لأنهما استويا فى التعصيب والإرث به ، وقال القاضى : فيهما من الخلاف مثل ما فى ابن عم من أبوين ، وابن عم من أب ، لأنه يرجح بجهة أمه ، وليس كذلك ؛ لأن جهة أمه يرث بها منفردة ، وما ورث به منفرداً لم يرجح به ، ولذلك لم يرجح به فى الميراث بالولاء ولا فى غيره. فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين ، وابن عم من أب هو أخ من أم ، فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين [والله أعلم] .

٥٠٩٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أولادهم وأن سفلوا ، ثم العمومة ، ثم أولادهم وأن سفلوا ، ثم عمومة الأب ﴾

وجملته : أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب . فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية . فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ، ثم بنو أبيها وهم الأخوة ، ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنو جدها وهم الأعمام ، ثم بنوهم وإن سفلو ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب، ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنو جد الجد ثم بنوهم . وعلى هذا لا يلى بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه ، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة ، وذلك معتبر بمظنته وهى القرابة . فأقربهم أشفقهم. ولا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم .

٥٠٩٤ (فصـــل)

ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب ، كالأخ من الأم ، والخال ، وعم الأم ، والجد أب الأم ، ونحوهم . نص عليه أحمد فى مواضع ، وهو قول الشافعى ، وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة .والثانية : إن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلى ، لأنه من أهل ميراثها ، فوليها كعصباتها .

ولنا : ما روي عن عليّ أنه قال : « إذا بلغ النساء نَصَّ الحقاق [1] فالعصبة أولى » [يعنى] إذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولأنه ليس من عصباتها فأشبه الأجنبي .

٥٠٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم المولى المنعم ، ثم أقرب عصبته به ﴾

لا خلاف نعلمه فى أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوّجها ، ولا فى أن عصبة المناسب أولى منه ، وذلك لأنه عصبة مولاته ، يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها ، فلذلك يزوجها ، وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه فى الإرث والعقل .

فإن عدم المولى ، أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر ، فعصباته الأقرب منهم فالأقرب ، على ترتيب الميراث ، ثم مولى المولى ، ثم عصباته من بعده كالميراث سواء .

فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى ، لأنه أحق بالميراث وأقوى فى التعصيب . وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته ، وفضيلة ولادته ، وهذا معدوم فى أبى المعتق ، فرجع به إلى الأصل .

٥٠٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم السلطان ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عَضلهم [2] . وبه يقول مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . والأصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فالسُّلطانُ وليُّ من لا وليَّ لَه » . وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة : « أن النَّجاشيَّ زوَّجَها رسولَ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلم وكانَتْ عِنده » . ولأن للسلطان ولاية عامة ، بدليل أنه يلى المال ، ويحفظ الضَّوَالَّ ، فكانت له الولاية فى النكاح كالأب .

٥٠٩٧ (فصل)

والسلطان ههنا هو الإمام أو من فَوَّضا إليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد فى والى البلد . فقال فى موضع : يزوِّج والى البلد . وقال فى الرُّستاق [3] يكون فيه الوالى وليس فيه قاض يزوِّج : إذا احتاط لها فى المهر والكفء أرجوا لا يكون به بأس ، لأنه ذو سلطان فيدخل فى عموم الحديث .

---

(١) نص : بفتح النون وتشديد الصاد . قال ابن المبارك ، معناه إذا بلغت من سنها المبلغ الذى يصلح أن تخاصم وتخاصم فالعصبة أولى من أمها . والحقاق مصدر المحاقة . (على هامش المخطوطة ١٨) وهى المخاصمة للوصول إلى الحق (انظر النهاية لابن الأثير ج ٢ ص ٢٤٤) (٢) العضل : سيأتى تعريفه .

(٣) الرستاق فارسى معرب والجمع رساتيق ، وهو السواد (تاج العروس ج ٦ ص ٣٧٥) يعنى القرى وما يحيط بها من الأراضى .

وقال فى موضع آخر فى المرأة إذا لم يكن لها ولىّ : فالسلطان المسلط على الشيء. القاضى يقضى فى الفروج والحدود والرجم ، وصاحب الشرطة إنما هو مسلط فى الأدب والجناية . وقال : ما للوالى ولاية ، إنما هو [إلى] القاضى [1] وتأول القاضى الرواية الأولى على أن الوالى أذن له فى التزويج، ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن فى موضع ولايته قاض ، فكأنه قد فوض إليه النظر فيما يحتاج إليه فى ولايته وهذا منها .

٥٠٩٧ (فصـــــل)

وإذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى ذلك مجرى الإمام وقاضيه ، لأنه أجرى مجراه فى قبض الصدقات والجزية والخراج والأحكام ، فكذلك فى هذا .

٥٠٩٨ (فصـــل)

واختلفت الرواية فى المرأة تسلم عَلَى يد رجل ، فقال فى موضع : لا يكون ولياً لها ، ولا يزوج ، [حتى] يأتى السلطان ، لأنه ليس من عصباتها ، ولا يعقل عنها ، ولا يرثها ، فأشبه الأجنبى . وقال فى رواية أخرى فى امرأة أسلمت على يد رجل : يزوجها هو ، وهو قول إسحاق ، وروى عن ابن مسعود : أنه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان ، وعن الحسن : أنه كان لا يرى بأساً أن يزوجها نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده عن تميم الدارى ، أنه قال : يا رسول الله ، ما السُّنة فى الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال : « هو أَوْلَى الناسِ بمَحْيَاهُ ومَمَاته » . إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال : رواية عبد العزيز ، يعنى ابن عمر بن عبد العزيز ، وليس هو من أهل الحفظ والإتقان [2] .

٥١٠٠ (فصـــــل)

فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان ، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنها ، فإنه قال فى دهقان [3] قرية : يزوج من [لا] ولى لها [4] إذا احتاط لها فى الكفء والمهر إذا لم يكن فى الرستاق

---

(١) فى نيل المآرب ص٥٨ وفى شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص١٨ قال أحمد، والقاضى أحب إلى من الأخير فى هذا. (ف)

(٢) قال الخطابى : وقد احتج البخارى فى صحيحه بحديث عبد العزيز هذا ، وأخرج له عن نافع مولى ابن عمر حديث واحدا ، وذكر الحاكم والدارقطنى أن البخارى ومسلما أخرجاه : وقال يحيى بن معين : عبد العزيز بن عمر ابن عبد العزيز ثقة (شرح سنن أبى داود ج ٤ ص ١٨٦) . (ف)

(٣) الدهقان بكسر الدال وضمها : القوى على التصرف مع حدة ، والتاجر ، وزعيم فلاحى العجم ، ورئيس الإقليم قال ابن السمعانى : هو مقدم قرية أو صاحبها بخرسان والعراق ، معرب عن الفارسية أنظر (تاج العروس ج ٩ ص ٣٠٦)

(٤) (لا) ساقطة من جميع الأصول . وأثبتناها من نيل المآرب ص ٤٩ ومنتهى الإرادات ج ٣ ص ١٨ جاء فيها « قال أحمد فى دهقان قرية أى شيخها يزوج من لا ولى لها إذا احتاط لها فى الكفء والمهر إذا لم يكن فى الرستاق قاض (ف).

قاض . قال ابن عقيل : أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية : أن النكاح لا يقف على ولى ، قال : وقال القاضى : منصوص أحمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولى والسلطان ، لأنه شرط ألا يكون فى الرستاق قاض ، ووجه ذلك: أن اشتراط الولى ههنا يمنع النكاح بالكلية ، فلم يجز كاشتراط المناسب فى حق من لامناسب لها ، وروى أنه لايجوز النكاح إلا بولى ، لعموم الأخبار فيه .

٥١٠١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً ﴾

وجملة ذلك : أنه يجوز التوكيل فى النكاح سواء كان الولى حاضراً أو غائباً ، مجبراً أو غير مجبر ؛لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : «أنه وكل أبا رافع فى تزويجه ميمونة، ووكل عمرو بن أمية فى تزويجه أمّ حبيبة» ،ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ، ولأصحاب الشافعى فى توكيل غير الأب والجد وجهان.

أحدهما : لايجوز ، لأنه يلى بالإذن ، فلم يجز له التوكيل كالوكيل .

ولنا : أنه يلى شرعا ، فكان له التوكيل كالأب ، ولا يصح قولهم : إنه يلى بالإذن ، فإن ولايته ثابتة قبل إذنها، وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه ، فأشبه ولاية الحاكم عليها ، ولا خلاف فى أن للحاكم أن يستنيب فى التزويج من غير إذن المرأة ، ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها ، فكيف [تثبت] لنائبها من قبلها؟

٥١٠٢ (فصــــــل)

ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً . فالمقيد التوكيل فى تزويج رجل بعينه ، والمطلق التوكيل فى تزويج من يرضاه أو من يشاء ، قال أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله ، فى الرجل يولى على أخته وابنته يقول : إذا وجدت من ترضاه فزوجها [1] ، فتزويجه جائز . ومنع بعض الشافعيه التوكيل المطلق ، ولا يصح ، فإنه روى أن رجلا من العرب ترك ابنته عنـــد عمر وقال : « إذا وجدت لها كفؤاً فزوجه إياها ولو بشراك نعله، فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضى الله عنه ،فهى أم عمرو بن عثمان »واشتهر ذلك فلم ينكر ؛ ولأنه إذن فى النكاح فجاز مطلقاً ، كإذن المرأة ،أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقاً،والله أعلم.

٥١٠٣ (فصــــل)

ولا يعتبر فى صحة الوكالة إذن المرأة فى التوكيل،سواء كان الموكل أبا أو غيره ، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين . وقال بعض الشافعية : لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذن المرأة ، وخرجه القاضى على الروايتين فى توكيل الوكيل من غير إذن الموكل . وحكى عن الحسن بن صالح [2] : أنه لا يصح إلا بحضرة شاهدين ، لأنه يراد لحِلِّ الوطء ، فافتقر إلى الشهادة كالنكاح .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فزوجه . (٢) من شيوخ يحى بن آدم صاحب الخراج

ولنا : أنه إذن من الولى فى التزويج ، فلم يفتقر إلى إذن المرأة ولا إلى إشهاد كإذن الحاكم ، وقد بينا أن الولى ليس بوكيل المرأة[1] ، وهذا التوكيل لا يملك به البضع ، فلم يفتقر إلى إشهاد ، بخلاف النكاح . ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتَّسَرِّى .

٥١٠٤ (فصـــل)

ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل . فإن كان للولى الإجبار ثبت ذلك لوكيله ، وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها ، لأنه نائب ، فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه . وكذلك الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج ، فيكون المأذون له قائما مقامه .

٥١٠٥ (فصـــل)

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله ، هل تستفاد الولاية فى النكاح بالوصية ؟ فروى أنها تستفاد بها ، وهو اختيار الخرقى لقوله : أو وصى ناظرا له فى التزويج . وهو قول الحسن ، وحماد بن أبى سليمان ، ومالك وعنه : لا تستفاد بالوصية ، وبه قال الثورى ، والشعبى ، والنخعى ، والحارث العكلى ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وابن المنذر ، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً ، فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة ، ولأنه لا ضرر على الوصى فى تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبى ، ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم . وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها ، لأنه يسقط حقهم بوصيته ، وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولنا : أنها ولاية ثابتة للأب ، فجازت وصيته بها كولاية المال ، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها فى حياته ، فيكون نائبه قائما مقامه ، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال . (وما ذكروه يبطل بولاية المال)[2] . فعلى هذا لا يصير وصيا فى النكاح بالوصية إليه فى المال ، لأنها إحدى الولايتين ، فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى ، قياساً على وصية المال لا تُملَكُ بالوصية فى النكاح .

٥١٠٦ (فصـــل)

فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية ، سواء كان مجبراً كالأب ، أو غير مجبر كغيره . ووصى كل ولى يقوم مقامه . فإن كان الولى له الإجبار فكذلك وصيه ، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك ، لأنه يقوم مقامه ، فهو كالوكيل .

وقال مالك : إن عين الأبُ الزوجَ مَلَكَ الوصىّ إجبارها ، صغيرة كانت أو كبيرة . وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة ، صحت الوصية واعتُبر إذنها . وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠: ليس بوكيل المرأة . (٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ١٨ و ٢٠ .

ولنا : أن من ملك التزويج إذا عُيِّن له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ، ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها ، لأن الوصيّ قائم مقام الموصِي ، فلم يثبت فى تزويجه خيار كالوكيل .

٥١٠٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو كافراً أو عبداً زوجها الأبعد من عصبتها ﴾

وجملة ذلك : أن الولاية لاتثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال ، فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم ، فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا . وتعتبر لثبوت الولاية لمن سميناه ستة شروط : العقل ، والحرية والإسلام والذكورية ، والبلوغ ، والعدالة ، على اختلاف نذكره .

فأما العقل فلا خلاف فى اعتباره ، لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمُولىّ عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لاعقل له لايمكنه النظر ، ولايلى نفسه ، فغيره أولى . وسواء فى هذا من لاعقل له لصغره كطفل ، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذ أفند[١] .

قال القاضى : والشيخ الذى قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحفظ لها لا ولاية له . فأما الأغماء فلا يزيل الولاية ، لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ، ولذلك لاتثبت الولاية عليه ، ويجوز على الأنبياء عليهم السلام . ومن كان يجن فى الأحيان لم تزل ولايته ، لأنه لايستديم زوال عقله ، فهو كالأغماء .

الشرط الثانى : الحرية ، فلا ولاية لعبد فى قول جماعة أهل العلم ، فإن العبد لا ولاية له على نفسه ، فعلى غيره أولى . وقال أصحاب الرأى : يجوز أن يزوجها العبد بإذنها ، بناء على أن المرأة تزوج نفسها . وقد مضى الكلام فى هذه المسألة .

الشرط الثالث : الإسلام ، ولايثبت لكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم أيضاً . قال ابن المنذر : أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا . قال أحمد : بلغنا أن علياً أجاز نكاح الأخ ، وردّ نكاح الأب وكان نصرانياً .

الشرط الرابع : الذكورية ، شرط للولاية فى قول الجميع ، لأنه يعتبر فيها الكمال ، والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها ، فلاتثبت لها ولاية على غيرها أولى .

الشرط الخامس : البلوغ شرط فى ظاهر المذهب . قال أحمد : لايزوج الغلام حتى يحتلم ، ليس له أمر. وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبوثور . وعن أحمد

---

(١) أفند . من الفند بالتحريك ، وهو الخرف وإنكار العقل لهرم أو مرض. والخطأ فى الرأى وأفند : تكلم بالفند . وقالوا للشيخ إذا هرم : قد أفند ، لأنه يتكلم بالمحرف من الكلام عن سنن الصحة . ولا يطلق على المرأة . لأنها لم تكن فى شبيبتها ذات رأى فتفند فى كبرها . أنظر (تاج العروس ج ٢ ص ٤٥٤) .

رواية أخرى : أنه إذا بلغ عشراً زوج وتزوج وطلق ، وأجيزت وكالته . وهـذا يحتمله كلام الخرق ، لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا. ووجه ذلك : أنه يصح بيعه ووصيته فى طلاقه ، فثبت له الولاية كالبالغ . والأول اختيار أبى بكر وهو الصحيح ، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال ، لأنها تتقيد بالتصرف فى حق غيره فاعتبرت نظراً له ، والصبى مولى عليه لقصوره ، فلاتثبت له الولاية كالمرأة .

الشرط السادس : العدالة ، وفى كونها شرطاً روايتان .

إحداهما : هى شرط . قال أحمد[1] : إذا كان القاضى مثل ابن الحلبى وابن الجعدى استقبل النـكاح . فظاهر هذا أنه أفسد النـكاح لانتفاء عدالة المولى له . وهـذا قول الشافعى.وذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : « لا نـكاحَ إلا بولىٍّ مُرْشدٍ وشاهدىْ عَدْلٍ » . قال أحمد : أصح شىء فى هذا قول ابن عباس ، وقد روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نـكاحَ إلا بولىٍّ وشاهدَىْ عَدْلٍ ، وأيُّما امرأةٍ أنْـكحَها ولىٌّ مَسْخُوطٌ عليه فنـكاحُها باطِلٌ » . وروى عن أبى بكر البرقانى بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نـكاحَ إلا بولىٍّ مُرْشد وشاهدَىْ عَدْل » ، ولأنها ولاية نظرية فلايستبد بها الفاسق ، كولاية المال .

والرواية الأخرى : ليست بشرط . نقل مثنى بن جامع ، أنه سأل أحمد : إذا تزوج بولى فاسق وشهود عدول ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شىء ، وهذا ظاهر كلام الخرق ، لأنه ذكر الطفل والعبد والـكافر ، ولم يذكر الفاسق . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، لأنه يلى نكاح نفسه ، فتثبت له الولاية على غيره كالعدول ، ولأن سبب الولاية القرابة ، وشرطها النظر ، وهذا قريب ناظر فيلى كالعدل .

٥١٠٨ (فصـــــــل)

ولا يشترط أن يكون بصيراً ، لأن شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ، ولأن المقصود فى النـكاح يعرف بالسماع . والاستفاضة ، فلا يفتقر إلى النظر . ولا يشترط كونه ناطقاً ، بل يجوز أن يلى الأخرس[2] إذا كان مفهوم الإشارة ، لأن إشارته تقوم مقام نطقه فى سائر العقود والأحكام ، فـكذلك فى النكاح .

٥١٠٩ (فصـــــل)

ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله ، لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله الولى فى تزويج مُوَلِّيتَه لم يجز ، لأنها ولاية ، وليس هو من أهلها ، ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب ، فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ قاله أحمد ، وقال . . . .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : أن يليه الأخرس .

ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد ، لأنهم من أهل اللفظ بالعقد ، وعباراتهم فيه صحيحة ، ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم ، وإنما سُلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ، ولا حاجه إليه في اللفظ به ، فأما إن وكّله الزوج في قبول النكاح له ، أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير ، فقال أصحابنا : لا يصح أحد طرفي العقد ، فلم يجز توكيله فيه كالإيجاب ، ويحتمل جواز توكيل من ذكرنا فيه ، لأنهم من أهله ، ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم ، فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة .

٥١١٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة ، فروى عنه أنه يلي نكاحها والى سيدتها[1] . قال القاضي : هذا هو الصحيح ، وهو مذهب الشافعي ، لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها ، فامتنعت في حقها لقصورها، فتثبت لأوليائها كولاية نفسها ، ولأنهم يلونها لو عتقت[2]، ففي حال رِقّها أولى ، ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها إلا بإذنها ، لأنها مالها ، ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه .

ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكراً ، لأن صِماتها[3] إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحيائها ، ولا تستحيي من تزويج أمتها . وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ، ولوليها ولاية على مالها ، فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها ، وإلا فلا يملك تزويجها . وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير . وقال بعض الشافعية : ليس له تزويجها بحال ، لأن فيه تغريراً بمال الصغير ، لأنها ربما حملت فتلفت .

ولنا : أن له التصرف بما فيه الحظ ، والتزويج ههنا فيه الحظ ، لأن الكلام فيه ، فجاز كسائر التصرفات الجائزة . واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها ، وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ، وبعض[4] قيمتها ، والمرجوح كالمعدوم . وإن كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج ، لأنه هو المتصرف في المال ، وهي مال .

الرواية الثانية : أن للمرأة أن تولى أمر أمتها رجلا يزوجها . نقلها عن أحمد جماعة ، لأن سبب الولاية الملك ، وقد تحقق في المرأة ، وامتنعت المباشرة لنقص الأنوثة ، فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب .

---

(١) في جميع الأصول . سيادتها . وما اخترناه أوضح . (٢) أي أمة الحرة .
(٣) في المخطوطة ١٨ : ويعتبر صمتها . (٤) هكذا في النسخ ولعل الأصل « ونقص قيمتها » .

ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو : أن سيدتها تزوجها ، فإنه قيل له : تزوج أمتها ؟ قال قد قيل ذلك ، هى مالها. وهذا يحتمل أنه ذهب إليه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنها مالكة لها ، وولايتها تامة عليها ، فملكت تزويجها كالسيد ، ولأنها تملك بيعها وإجارتها ، فملكت تزويجها كسيدها ، ولأن الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية ، وصيانة لحظ الأولياء فى تحصيلها ، فلا تثبت عليها الولاية فى أمتها ، لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء فيها .

ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره ، فإنه قال فى سياقها : أحب إلى أن تأمر زوجها ، لأن النساء لا يعقدن ، وقد ذكرنا فى خبر أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لاتُنْكِحُ المرأةُ المرأَةَ » . وقالت عائشة رضى الله عنها « زوِّجوا فإن النساء لا يزوِّجن ، واعقدوا فإن النساء لايعقِدْن » . ولأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى .

٥١١١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويزوج مولاتها من يزوج أمتها ﴾

يعنى : عتيقتها ، وهذه فيها روايتان .

إحداهما : أن لمولاتها التوكيل فى تزويجها رجلا ، لأنها عصبتها وترثها بالتعصيب ، فأشبهت المعتق .

والثانية : ولى سيدتها وليها ، وهى الأصح ، لأن هذه ولاية نكاح حرة ، والمرأة ليست من أهل ذلك ، فيكون إلى عصبتها ، لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها ، فكانو أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون . وقد ذكرنا : أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولى المولى المعتق ، ثم عصباته من بعد ، الأقرب فالأقرب ، كذا ههنا . إلا أن ظاهر كلام الخرقى ههنا : تقديم أبى حنيفة المعتقة على ابنها ، لأنه الذى يزوجها ، وذكرنا ثَمّ خلاف هذا ، ويعتبر فى ولائه شرطان .

أحدهما : عدم العصبة من النسب ، لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه .

الثانى : إذن الزوجة ، لأنها حرة وليست له ولاية إجبار ، فإنه أبعد العصبات ، ولا يفتقر إلى إذن مولاتها ، لأنها لا ولاية لها ولا ملك . فأشبهت قريب الطفل إذ زوج البعيد .

٥١١٢ (فصـــل)

وإذا كان للأمة مولى فهو وليها ، وإن كان لها موليان فالولاية لهما ، وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه ، لأنه لا يملك إلا نصفها . وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما ، لأن تزويجها تصرف فى المال ، بخلاف الحرة ، فإن نكاحها حق لها ، ونفعه عائد إليها ، ونكاح الأمة حق لسيدها ، ونفعه عائد إليه ، فلم يثبت للسلطان ولاية عنه فيه . فإن أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما ، وإن لم يكن لها عصبة فهما ولياها ، ولا يستقل أحدهما بالتزويج ، لأن ولايته على نصفها . فإن اشتجرا أمام

الحاكم قام الحاكم مقام الممتنع منهما ، لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها . وإن كان المعتق أو المعتقة واحداً ، وله عصبات فى درجة واحدة ، كالابنين أو الأخوين ، فلأحدهما الاستقلال بتزويجها ، كما يملك تزويج سيدتها .

٥١١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها ﴾

وجملته : أن ولى المرأة التى يحل له نكاحها ، وهو ابن العم ، أو المولى ، أو الحاكم ، أو السلطان ، إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفى العقد بنفسه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك ، وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، وربيعة ، ومالك ، والثورى ، وأبى حنيفة ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر . لما روى البخارى قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة قارظ [1] : « أتجعلين أمرك إلىّ ؟ قالت : نعم . قال : قد تزوجتك » ، ولأنه يملك الإيجاب والقبول، فجاز أن يتولاهما ، كما لو زوج أمته عبده الصغير ، ولأنه عقد وُجد فيه الإيجاب من ولى ثابت الولاية ، والقبول من زوج هو أهل للقبول ، فصح كما لو وجدا من رجلين . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه أعتق صَفِيَّة ، وجعل عتقها صداقها » .

فإن قيل : قد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كلُّ نكاحٍ لم يَحْضُرْه أربعةٌ فهو سِفَاح : زَوْج ووَلِيٌّ وشاهدان » . قلنا : هذا لا نعلم صحته ، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير ، فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول ، أم يكتفى بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يحتاج أن يقول زوجت نفسى فلانة ، وقبلت هذا النكاح ، لأن ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود .

والثانى : يكفيه أن يقول : زوجت نفسى فلانة ، أو تزوجت فلانة : وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، لحديث عبد الرحمن ابن عوف ، ولأن إيجابه يتضمن القبول ، فأشبه إذا تقدم الاستدعاء . ولهذا قلنا إذا قال لأمته : قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ، ينعقد النكاح بمجرد هذا القول .

والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى طرفى العقد ، ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بإذنها . قال أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولى رجلا ، لحديث المغيرة بن شعبة ، وهو ما روى

---

(١) فى الأصول : فارط والصواب من شرح القسطلانى للبخارى ج ٨ ص ٥١ (ف) .

أبو داود بإسناده عن عبد الملك ابن عمير ، أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأةً المغيرةُ أولى بها منه ولأنه عقد ملكه بالإذن ، فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير . وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له العقد ، وتولى هو الإيجاب جاز .

وقال الشافعى فى ابن العم والمولى : لا يزوجها إلا الحاكم ، ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ، ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلته ، وهذا عقد ملكه بالإذن ، فلا يتولى طرفيه كالبيع . ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء ، لأنه لا ولاية لهم مع وجوده .

ولنا : ما ذكرناه من فعل الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، ولأن وكيله يجوز أن يلى العقد عليها لغيره ، فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولى حاضر غير عاضل ،فلم يَلِيها الحاكم كما لو أرادأن يزوجها غيره . ومفهوم قوله عليه السلام:«السلطانُ وَلىُّ من لا ولىَّ له » أنه لا ولاية له على هذه .

٥١١٤ (فصل)

وإذا أذنت له فى تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه ، لأن إطلاق الإذن يقتضى تزويجها غيره ، ويجوز تزويجها لولده ، لأنه غيره . فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان فى تولى طرفى العقد . فإن قلنا : لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده ، وقبل هو النكاح له ، افتقر إلى إذنها للوكيل ، على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها . وإن وكل رجلا يقبل لولده النكاح ، وأوجب هو لم يحتج إلى إذنها ، لأنها قد أذنت له .

٥١١٥ (فصل)

وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفى العقد ، لأنه مالك ذلك بحكم الملك ، لا بحكم الإذن فى قولهم جميعاً ، وإن كان مالكا لأحد طرفى العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه ، أو وكله الولى فى الإيجاب والزوج فى القبول ، خرج فيه وجهان بناء على الروايتين ، لأنه ملك ذلك بالإذن . إن زوج بنته الكبيرة[1] عبده الكبير لم يجز ذلك إلا برضاها ، لأنه لا يكاد يكافئها ، فيخرج فيه أيضاً وجهان . وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز ، لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها . وعنه يجوز ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

٥١١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يُزَوِّج كافر مسلمةً بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة ﴾ .

---

(١) فى نسخة الصغيرة .

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقال أبو الخطاب فى الذمى إذا أسلمت أم ولده : هل يلى نكاحها ؟ على وجهين .

أحدهما : يليه ، لأنها مملوكته ، فيلى نكاحها كالمسلم ، ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها .

والثانى : لا يليه ، لقول الله تعالى : « والمُؤْمِنُونَ والمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْض »(١) ولأنها مسلمة فلا يلى نكاحها كابنته . فعلى هذا يزوجها الحاكم ، وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع . وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة فى غير السيد والسلطان ، وولى سيد الأمة الكافرة ، وذلك لقول الله تعالى : « والَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْض »(٢) . ولأن مختلفى الدين لا يرث أحدهما الآخر ، ولا يعقل عنه ، فلم يل عليه ، كما لو كان أحدهما رقيقا .

أما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر ، لكونها لا تحل للمسلمين ، وكذلك ولى سيد الأمة الكافرة يلى تزويجها لكافر ، لأنها ولاية بالمال ، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ، ولا ولى لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولى لها من أهل الذمة ، لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار ، فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة . وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه فى المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة فى المسلمين ، ويخرج فى اعتبار عدالته فى دينه وجهان بناء على الروايتين فى اعتبارها فى المسلمين .

٥١١٧ (فصل)

إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه ، ذكره أبو الخطاب ؛ وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، رضى الله عنه ، لأنه وليها فصح تزويجه لها ، كما لو زوجها كافراً ، ولأن هذه امرأة، ولها ولى مناسب فلم يجز أن يليها غيره ، كما لو تزوجها ذمى ، وقال القاضى : لا يزوجها إلا الحاكم ، لأن أحمد قال : لا يعقد يهودى ولا نصرانى عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة . ووجهه:أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر ، كنكاح المسلمين . والأول أصح ، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية .

---

(١) سورة التوبة آية ٧١ .

(٢) سورة الأنفال آية ٧٣ .

٥١١٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوجها مَنْ غَيْرُه أَوْلَى منه وهو حَاضِرٌ ولم يعضُلها فالنكاح فاسد ﴾

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة :

أحدها : أنه إذا زوجها الولى الأبعد مع حضور الولى الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح . وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : يصح لأن هذا ولى له أن يزوجها بإذنها كالأقرب .

ولنا : أن هذا مستحق بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

الحكم الثانى : أن هذا العقد نكاح فاسد لا يقف على الإجازة ، ولا يصير بالإجازة صحيحاً ، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبى أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها ، أو تزوج العبد بغير إذن سيده ، فالنكاح فى هذا كله باطل فى أصح الروايتين . نص عليه أحمد فى مواضع ، وهو قول الشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة ، فإن أجازه جاز ، وإن لم يجزه فسد . قال أحمد فى صغير زوجه عمه : فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز ، وإن لم يرض فسخ . وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت . وقال : إذا زوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد ، فإن أذن فى التزويج فالطلاق بيد العبد . وهذا قول أصحاب الرأى فى كل مسألة يعتبر فيها الإذن . وروى ذلك فى النكاح بغير ولى عن على بن أبى طالب ، وعن ابن سيرين ، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، وأبى يوسف ، ومحمد[1] ، لما روى أن جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت له أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود ، وابن ماجه .

وروى أن فتاة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع بى خسيسته ، قال : فجعل الأمر إليها . فقالت قد أجزت ما صنع أبى ، ولكنى أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً . رواه ابن ماجه والنسائى ، وفى رواية ابن ماجة : « أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شىء » ، ولأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أيُّما إمرأة نكحت نفسها بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل[2] » . وقال : « إذا نكح العبدُ بغير إذن سيِّده فنكاحه باطل » . رواه أبو داود وابن ماجه .

(١) هنا تقديم وتأخير فى الأسماء فى المخطوطة ١٨ .

(٢) أخرجه أبوداود وليس فيه (نفسها) ج ١ ص ٤٨١ (ف) .

إلا أن أبا داود قال : إنه موقوف[1] على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها ، فلم ينعقد كنكاح المعتدة .

فأما حديث المرأة التي خيرها النبي صلى الله عليه وسلم فهو مُرْسَل عن عكرمة ، رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس[2] ، قاله أبو داود[3] . ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت : « زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته » ، فتخييرها لتزويجها من غير كفئها ، وهـــذا يثبت الخيار ، ولا يبطل النكاح . والوصية يتراخى فيها القبول ، وتجوز بعد الموت ، فهي معـدول بها عن سائر التصرفات ، ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها .

فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد . لأنها شرط له ، فيعتبر وجودها معه كالقبول ، ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ، ولأنها إذا وجدت استند الملك إلى حالة العقد ، حتى لو كان في العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الإجازة . وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر ، لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر : إن كان مما لو رفع إلى الحاكم أجازه ورثه الآخر . لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح ، وإن كان مما يفسخه لم يرثه .

٥١١٩ (فصـــل)

ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها ، أو الأمة بغير إذن سيدها ، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصُّوَر التي فيها الروايتان . والصحيح عندي : أنه لا يدخل فيها ، لتصريح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان ، ولأن الإجازة إنما تـكون لعقد صدر من أهله في محله ، فإن المرأة ليست أهلا له ، بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن ، فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ، ولا تفريع على هذا . فأما على القول الآخر : فمتى تزوجت المرأة بغير إذن الولي فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته ، والأمر فيه إلى الولي ، فمتى رده بطل ، لأن من وقف الحـكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير إذنها .

---

(١) قال أبوداود : هـذا الحديث ضعيف وهو موقوف . وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما (جـ ١ ، ص ٤٨٠) (ف) .

(٢) في المخطوطة ٢٠ و لم يذكروه عن ابن عباس .

(٣) روى أبوداود جـ ١ ص ٤٨٣ عن عكرمة عن ابن عباس : أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليـه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم . وذكر سندا آخر عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال : ولم يذكر ابن عباس ، وهكذا رواه الناس مرسلا .(ف) .

وفيه وجه آخر : أنه إذا كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولى بإجازته ، فإن لم يفعل أجازه الحاكم ، لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلا ، فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم كما فى ابتداء العقد ، ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجيز فالمهر واحد . إما المسمى ، وإما مهر المثل إن لم يكن مسمى ، لأن الإجازة مستندة إلى حالة العقد ، فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا فى البيع ، ولذلك لم يجب الحد .

ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ، ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح ، لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ، ولأنها أقوى فأزالت الأضعف ، كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه . وإن خرجت إلى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضاً ، لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجز بإجازة غيره ، كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك ، فأجاز المشترى الثانى بيع الأجنبى .

وفيه وجه آخر : أنه يجوز بإجازة المالك الثانى ، لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول . ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره . فأما إن أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح ، لأنه إنما وقف لحق المولى ، فإذا أعتق سقط حقه ، فصح العقد . واحتمل ألا يجوز ، لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ، ولأن حق المولى إن بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج ، فإنه يليها بالولاء .

٥٢٠٠ (فصـــل)

وإذا زُوِّجت التى يعتبر إذنها بغير إذنها ، وقلنا : يقف على إجازتها ، فإجازتها بالنطق ، أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء ، أو المطالبة بالمهر والنفقه . ولا فرق فى ذلك بين البكر والثيب ، لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ، ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لبريرة: «إنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ فلا خيارَ لَكِ[1]» جعل تمكينها دليلا على إسقاط حقها . والمطالبة بالمهر والنفقة ، والتمكين من الوطء دليل على الرضى ، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح ، فوجوده من المرأة دليل رضاها به .

الحكم الثالث : إذا عضلها الولى الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد . نص عليه أحمد . وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان ، وهو اختيار أبى بكر . رذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وشريح ، وبه قال الشافعى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فإن اشْتَجَرُوا فالسلطانُ ولىُّ من لا ولىَّ له » . ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه .

ولنا : أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب ، فملكه . الأبعد كما لو جن ، ولأنه يفسق بالعَضْل ، فتنتقل

---

(١) أخرجه الدارقطنى ورواه أبوداود ج ١ ص ٥١٨ عن عائشة بلفظ « إن قربك فلا خيار لك » (ف) .

لو الاية عنه كما لو شرب الخمر . فإن عضل الأولياء كلهم زَوَّج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله : « السلطانُ وليُّ من لا وليَّ له » . وهذه لها ولى ، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل ، لأن قوله «فإن اشْتَجَرُوا» ضمير جمع يتناول الكل . والولاية تخالف الدَّين من وجوه ثلاثة .

أحدها : أنها حق للولى ، والدين حق عليه .

الثانى : أن الدين لا ينتقل عنه ، والولاية تنتقل لعارض من جنون الولى وفسقه وموته .

الثالث : أن الدين لا يعتبر فى بقائه العدالة ، والولاية يعتبر لها ذلك ، وقد زالت العدالة بما ذكرنا .

فإن قيل : فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه . قلنا : فسقه بامتناعه ، فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق ، فزال فسقه ، فلذلك صح تزويجه ، والله أعلم .

٥٢٠١ (فصــــــل)

ومعنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذ طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما فى صاحبه . قال معقل بن يسار : « زوَّجت أختاً لى من رَجُل فطلَّقها ، حتى إذا انْقَضَتْ عدتُها جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك وأفْرَشْتُك وأكْرَمْتُك فطلَّقتَهَا ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعودُ إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : « وَلاَ تَعْضُلوهُنَّ » فقلت : الآن أفعلُ يارسولَ الله . قال : فزوجها إياه[1] » . رواه البخارى. وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها ، لأن عليهم فى ذلك عاراً ، وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن .

ولنا : أن المهر خالص حقها ، وعوض يختص بها ، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها ، وأجرة دارها ، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله ، فبعضه أولى ، ولأن النبىَّ صلّى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه : « التمسْ ولو خاتماً من حَديد » وقال لامرأة زُوِّجت بنعلين : « أرَضِيتِ بنَعْلين من نَفْسِك؟ » قالت : نعم . فأجازه النبى صلى الله عليه وسلم[2] ، وقولهم : فيه عار عليهم ليس كذلك ، فإن عمر قال : « لو كان مكرمة فى الدنيا ، أو تقوى عند الله ، كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم » : يعنى غُلُوّ الصداق . فإن رغبت فى كفء بعينه ، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها ، وامتنع من تزويجها من الذى أرادته كان عاضلا لها . فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ، ولا يكون عاضلا

(١) انظر صحيح البخارى ج ٧ ص ١ ، باب « لانكاح إلا بولى» .(ف)
(٢) رواه أحمد وابن ماجة والترمذى وصححه عن عامر بن ربيعة .(ف)

لها بهذا ، لأنها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح ، فلأن تمتنع منه ابتداء أولى .

٥١٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان وليها غائباً فى موضع لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن فالسلطان ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥١٢٣ (أولهما)

أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفه ، وقال الشافعى : يزوجها الحاكم ، لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته ، فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب ، فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح .

ولنا : قوله عليه السلام : « السلطان ولى من لا ولى له » وهذه لها ولىّ فلا يكون السلطان وليها ، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه ، فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات ، كما لو جن أو مات ، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب ، فكان ذلك للأبعد كالأصل ، وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا .

٥١٢٤ (الفصل الثانى)

فى الغيبة المنقطعة التى يجوز للأبعد التزويج فى مثلها . ففى قول الخرق : هى من لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية ، فتكون منقطعة ، أى ينقطع من إمكان تزويجها ، وقال القاضى : يجب أن يكون حد المسافة ألا ترد القوافل فيه فى السنة إلا مرة ، لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها ، فيلحق الضر بترك تزويجها .

وقد قال أحمد فى موضع : إذا كان الأب بعيد السفر يزوّج الأخ ، قال أبو الخطاب : فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة ، لأن ذلك هو السفر الذى عُلّقت عليه الأحكام ، وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة ، لأن أحمد قال : إذا لم يكن ولى حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا ، إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، فالسلطان ولى من لا ولى له ، وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب ، فإن التحديدات بابها التوقيف ، ولا توقيف فى هذه المسألة ، فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله ، فإنه يتعذر فى ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب ، فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كبير ، فإن الضرر

يلحق بالانتظار فى مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل الكتاب منه أبدا ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة فى مكاتبته ، والتوسط أولى ، والله أعلم .

واختلف أصحاب أبى حنيفة فى الغيبة المنقطعة ، فقال بعضهم كقول القاضى . وبعضهم قال : من الرّىّ إلى بغداد . وبعضهم قال : من البصرة إلى الرّقّة . وهذان القولان يشبهان قول أبى بكر . واختلف أصحاب الشافعى فى الغيبة التى يزوج فيها الحاكم ، فقال بعضهم : مسافة القصر ، وقال بعضهم : يزوجها الحاكم وإن كان الولى قريباً ، وهو ظاهر نص الشافعى . وظاهر كلام أحمد : أنه إذا كانت الغيبة منقطعة أنه ينتظر ويراسل ، حتى يقدم أو يوكل .

٥١٢٥ (فصـــــل)

وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً فى مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد ، فإن البعد لم يعتبر لعينه ، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره ، وهذا موجود ههنا ، ولذلك إن كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد ، أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه ، فهو كالبعيد .

٥١٢٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا زُوِّجت من غير كفء فالنكاح باطل ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروى عنه : أنها شرط له . قال : إذا تزوج المولى العربية فُرِّق بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد فى الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفء لها : يفرق بينهما . وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما ، لقول عمر رضى الله عنه : « لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » . رواه الخلال بإسناده .

وعن أبى إسحاق الهمدانى قال : « خرج سلمان وجرير فى سفر ، فأقيمت الصلاة ، فقال جرير لسلمان: تقدم أنت ، قال سلمان : بل أنت تقدم ، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم فى صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم » ، ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف فى حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه ، فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها .

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ تُنْكِحُوا النِّسَاء إلاَّ مِنَ الأَكْفَاء ، ولا تُزَوِّجُوهُنَّ إلاَّ مِنَ الأَوْلِيَاء » . رواه الدارقطنى . إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ، ولا يحتج بمثله .

والرواية الثانية عن أحمد : أنها ليست شرطاً فى النكاح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو هذا عن عمر ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبيد بن عمير ، وحماد بن أبى سليمان ، وابن سيرين ، وابن عون ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لقوله تعالى : « إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ »

وقالت عائشة رضى الله عنها : « إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنّى سالما ، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار » . أخرجه البخارى . « وأمر النبى صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه ، فنكحها بأمره » . متفق عليه . وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته «زينب بنت جحش الأسدية» ، وقال ابن مسعود لأخته : « أنشدك الله أن تتزوجى إلا مسلماً ، وإن كان أحمر رومياً ، أو أسود حبشياً » ، ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة ، أو الأولياء ، أو لهما ، فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وقد روى أن أبا هند حجم النبى صلى الله عليه وسلم فى اليافوخ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم . « يَا بَنِي بَيَاضَةَ أَنْكِحُوا أَبَا هِنْد وَأَنْكِحُوا إليه » . رواه أبو داود [1]، إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً .

والصحيح : أنها غير مشترطة ، وما روى فيها يدل على اعتبارها فى الجملة ، ولا يلزم منه اشتراطها . وذلك لأن الزوجة وكل واحد من الأولياء له فيها حق ، ومن لم يرض منهم فله الفسخ ، ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، جعل لها النبى صلى الله عليه وسلم الخيار ، فأجازت ما صنع أبوها ، ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار . فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد ، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح ، لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد ، وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد ، حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى ، فإن قلنا : ليست[2] شرطاً فرضيت المرأة والأولياء كلهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلا من أصله ، أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعى .

أحدهما : أنه باطل ، لأن الكفاءة حق لجميعهم ، والعاقد متصرف فيها بغير رضاهم ، فلم يصح كتصرف الفضولى .

والثانية : هو صحيح ، بدليل أن المرأة التى رفعت إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ، ولم يبطل النكاح من أصله ، ولأن العقد وقع بالإذن ، والنقص الموجود فيه لا يمنع

---

(١) رواه أبو داود جـ ١ ص ٤٨٤ ــ ورواه أيضاً الحاكم بسند جيد . (ف)

(٢) فى شرح منتهى الإرادات جـ٣ ص ٢٦ « الشرط الخامس كفاءة الزوج على رواية . فتكون الكفاءة حقاً لله تعالى ولها ولأوليائها كلهم ، فلو رضيت مع أوليائها بتزويج غير كفء لم يصح النكاح . وعلى رواية أخرى أنها شرط لزوم لا للصحة . فيصح النكاح مع فقد الكفاءة » انتهى . وعلى هذا فقد ذكر المغنى روايتين : الأولى تتمشى مع القول بأن الكفاءة شرط صحته ، والأخرى تتمشى مع القول بأنها شرط لزوم .(ف)

صحته ، وإنما يثبت الخيار كالعيب من العُنَّة وغيرها ، فعلى هـذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ، ومالك . وقال أبو حنيفة : إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يـكن لباقى الأولياء فسخ ، لأن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه ، فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا : أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ، فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولى . فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا ، فإذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه ، وههنا بخلافه ، ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندهم الاعتراض ، مع أنه خالص حقها ، فههنا — مع أنه حق لهم — أولى ، وسواء كانوا متساوين فى الدرجة أو متفاوتين ، فإن زوج الأقرب [1] مثل أن يزوج الأب بغـير كفء ، فإن للإخوة الفسخ . قال مالك والشافعي : ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب ، لأنه لاحق للأبعد معـه ، فرضاؤه لا يعتبر .

ولنا : أنه ولى فى حال يلحقه العار بفقد الكفاءة ، فملك الفسخ كالمتساويين .

٥١٢٧ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ والكفء : ذو الدين والمنصب ﴾

يعنى بالمنصب : الحسب ، وهو : النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد فى شروط الكفاءة ، فعنه : هما شرطان : الدين ، والمنصب . وعنه أنها خمسة : هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار .

وذكر القاضى فى المجرد : أن فقد هذه الثلاثة [2] لا يبطل النكاح رواية واحدة . وإنما الروايتان فى الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة فى النسب لاغير ، لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ، ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر فى الجامع الروايتين فى جميع الشروط ، وذكره أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الكفاءة فى الدين لاغير . قال ابن عبد البر : هذا جملة مذهب مالك وأصحابه . وعن الشافعى كقول مالك ، وقول آخر : أنها الخمسة التى ذكرناها ، والسلامة من العيوب الأربعة [3] ، فتكون ستة . وكذلك قول أبى حنيفة ، والثورى ، والحسن بن حى ، إلا فى الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة. ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان ، فلا يكون كفؤاً ، لأن الغالب على الجند الفسق ، ويعد ذلك نقصاً . والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى : « أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً لاَ يَسْتَوُون » ، ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية ، غير مأمون على النفس والمال ، مسلوب الولاية ، ناقص عند الله وعند خلقه ، قليل الحظ فى الدنيا والآخرة ،

---

(١) فى الأصول المطبوعة : فزوج الأقرب . (٢) يعنى الحرية والصناعة واليسار .

(٣) هى : الجب ، والخصاء ، والعنة ، والمرض المزمن المنفر كالجذام .

فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ، ولا مساوياً لها ، لكن يكون كفؤاً لمثله . فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات .

والدليل على اعتبار النسب فى الكفاءة قول عمر : لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء . قال : قلت : وما الأكفاء ؟ قال : فى الأحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون الكفاءة فى النسب ، ويأنفون من نكاح الموالى ، ويرون ذلك نقصاً وعاراً ، فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ، ولأن فى فقد ذلك عاراً ونقصاً ، فوجب أن يعتبر فى الكفاءة الدين .

٥١٢٨ (فصـــل)

واختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه أن غـير قريش من العرب لا يكافئها ، وغـير بنى هاشم لا يكافئهم . وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعى ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ وَلَدِ إسْمَاعِيلَ وَاصْطَفَى مِن كِنَانَةَ قُرَيْشاً وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْش بَنِي هَاشِمِ . وَاصْطَفَانِى مِنْ بَنِي هَاشِم »[1] . ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقريش أخص به من سائر العرب ، وبنو هاشم أخص به من قريش . وكذلك قال عثمان ، وجبير بن مطعم : إن إخواننا من بنى هاشم لا ننكر فضلهم علينا ، لمكانك الذى وضعك الله به منهم[2] .

وقال أبو حنيفة : لا تكافىء العجم ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء ، لأن ابن عبـاس قال : قريش بعضهم أكفاء بعض .

والرواية الثانية عن أحمد : أن العرب بعضهم لبعض أكفاء ، والعجم بعضهم لبعض أكفاء ، لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم زوج ابنتيه عثمان ، وزوج أبا العاصى بن الربيع زينب ، وهما من بنى عبد شمس ، وزوج على عمر ابنته أم كلثوم ، وتزوج عبد الله بن عمر بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن على ، وتزوج المصعب ابن الزبير أختها سكينة ، وتزوجها أيضاً عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام ، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ، ابنة عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس ، وهما كنديان ، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس ، وهى من قريش ، ولأن العجم والموالى بعضهم لبعض أكفاء ، وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض ، وكذلك العرب .

---

(١) أخرجه مسلم عن واثلة بن الأسقع . (ف)

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى عن جبير بن مطعم « وضع النبى صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى فى بنى هاشم وبنى المطلب ، وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس . (ف)

٥١٢٩ (فصـــل)

فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الـكفاءة ، فلا يكون العبد كفؤاً لحرة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد ، فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى ، لأن نقص الرق كبير ، وضرره بيّن ، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ، ولا ينفق نفقة الموسرين ، ولا ينفق على ولده ، وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لَوْ رَاجَعْتِيه » . قالت . يارسول الله ، أتأمرنى ؟ قال « إنَّمَا أَنَا شَفِيع » . قالت فلا حاجة لى فيه ، رواه البخارى ، ومراجعتها له ابتداء لنكاح ، فإنه قد انفسخ نـكاحها باختيارها ، ولا يشفع إليها النبي صلى الله عليه وسلم فى أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح .

٥١٣٠ (فصل . فأما اليسار ففيه روايتان)

إحداهما : هو شرط فى الـكفاءة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « الْحَسَبُ الْمَالُ ».[١] وقال :«إنَّ أحْسابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ فى هَذِهِ الدُّنْيَا هَذَا المال» [٢] . وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها : « أمَّا مُعاوِيَةُ فَصَعْلُوكٌ لاَ مَالَ لَه »[٣] . ولأن على الموسرة ضررا فى إعسار زوجها ، لاخلاله بنفقتها ، ومؤنة أولادها ، ولهذا ملـكت الفسخ بإخلاله بالنفقة ، فـكذلك إذا كان مقارناً ، ولأن ذلك معدود نقصاً فى عرف الناس ، ويتفاضلون فيه كتفاضلهم فى النسب وأبلغ ، قال نُبَيْه بن الحجاج السهمى :

سالتانى[٤] الطـلاق أنْ رأتانى قَلَّ مَالى قـد جئتمانى بنُكْر
وَيْـكأنَّ مَنْ له نَشَبٌ يُحْبِب ومن يَفْتَقِرْ يَعِشْ عَيْشَ ضُرّ

فـكان من شروط الـكفاءة كالنسب .

والرواية الثانية : ليس بشرط ، لأن الفقر شرف فى الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « اللَّهُمَّ أحْيِنى مِسْكِيناً وَأمِتْنى مِسكِيناً » [٥] وليس هو أمراً لازماً ، فأشبه العافية من المرض . واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ، ويمكنه أداء مهرها .

---

(١) أخرجه أحمدوالترمذى وصححهمن حديث سمرة . (ف) (٢) أخرجه أحمد والنسائى من حديث بريدة(ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن فاطمة بنت قيس ج ١ ص ٥٣٢ . وأخرجه مسلم عنها ج ٣ ص ١١٩ بلفظ « أما معاوية فرجل شرب لا مال له » . (ف)

(٤) فى المطبوعة سألتانى . والمروى سالتانى على أنه مهموز خفف أو أنه لغة . ونسب البيت فى سمط اللآلىء ج ١ ص ٣٩٥ لزيد بن عمرو بن نفيل . لـكن البيت الثانى ذكر منسوبا لنبيه فى لسان العرب ج ١٥ ص ٤٩ هكذا (ويك أن)قال الـكسائى:هو ويك،أدخل عليهأن ومعناه:ألم تر وقال الخليل:هو: وى،ثم بدأ فقال: كأن.البيت(ف)

(٥) أخرجه الترمذى عن أنس (ف).

٥١٣١ (فصـــل)

فأما الصناعة ففيها روايتان أيضاً . إحداهما : أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام ، والحارس ، والكَسَّاح[1] ، والدباغ ، والقيم ، والحمّامي ، والزبال ، فليس بكفء لبنات ذوى المروءات ، أو أصحاب الصنائع الجليلة ، كالتجارة ، والبناية ، لأن ذلك نقص فى عرف الناس ، فأشبه نقص النسب ، وقد جاء فى الحديث : « العَرَبُ بَعْضُهُم لِبَعْضٍ أَكْفَاء إلا حَائِكاً أَوْ حَجَّاماً »[2]. قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه ، يعنى : إنه ورد موافقا لأهل العرف ، وروى أن ذلك ليس بنقص ، ويروى نحو ذلك عن أبى حنيفة لأن ذلك ليس بنقص فى الدين ، ولا هو لازم ، فأشبه الضعف والمرض ، قال بعضهم :

أَلاَ إنّما التّقْوَى هِيَ العِزُّ والكَرَم وحُبّكَ للدُّنْيَا هُوَ الذُّلُّ وَالسّقَمْ
وَلَيْسَ عَلَى عَبْـدٍ تَقِيٍّ نَقيصَةٌ إذا حَقّقَ التّقْوَى وَإنْ حَاكَ أَوْ حَجَمْ

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة ، فإنه لا خلاف فى أنه لا يبطل النكاح بعدمها ، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء ، لأن ضرره مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر فى الكفاءة .

٥١٣٢ (فصـــل)

من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان فى الإسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة : ليس بكفء ، وليس بصحيح ، فإن الصحابة رضى الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة فلا يجوز أن يقال : إنهم غير أكفاء للتابعين .

٥١٣٣ (فصـــل)

فأما ولد الزنا فيحتمل لا يكون كفؤا لذات نسب ، فإن أحمد رحمه الله ذكر له : أنه ينكِح ويُنكح إليه ، فكأنه لم يحب ذلك ، لأن المرأة تعير به ، هى ووليها ، ويتعدى ذلك إلى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه ، لأنه أدنى حالا من المولى .

٥١٣٤ (فصـــل)

والموالى بعضهم لبعض أكفاء ، وكذلك العجم ، قال أحمد رحمه الله فى رجل من بنى هاشم له مولاة : يزوجها الخراسانى ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَوَالِي القَوْمِ مِنْ أَنفُسِهِم »[3] ، هو فى الصدقة ،

---

(١) الكساح : الكناس.

(٢) قال ابن أبى هاشم سألت أبى عنه فقال : منكر. وقال الدار قطنى فى العلل : لا يصح . وقال ابن عبد البر : هذا منكر موضوع . (ف)

(٣) ورد «موالينا منا » أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن ابن عمر . (ف)

أما النكاح فلينكح ، وذكر القاضي رواية عن أحمد : أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيدا وأسامة عربيتين ، ولأن موالى بنى هاشم ساووهم فى حرمان الصدقة ، فيساووهم فى الكفاءة ، وليس هذا بصحيح . فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب ، فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده ، فيبطل اعتبار المنصب . وقد قال أحمد : هذا الحديث فى الصدقة لا فى النكاح ، ولهذا لا يساووهم فى استحقاق الخمس ، ولا فى الإمامة ، ولا فى الشرف . وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان ، فإنهما من كلب ، وإنما طرأ عليهما رق ، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربى الأصل .

٥١٣٥ (فصـــل)

فأما أهل البدع فإن أحمد قال فى الرجل يزوج الجهمى [١] يفرق بينهما ، وكذلك إذا زوج الواقفى [٢] إذا كان يخاصم ويدعو ، وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية [٣] وقد كتب الحديث: فهذا شر من جهمى، يفرق بينهما . وقال : لا يزوج بنته من حرورى [٤] مرق من الدين ، ولا من الرافضى [٥] ولا من القدرى [٦] فإذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال : من لم يربع بعلى فى الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه ، وقال القاضى : والمقلد منهم يصح تزويجه ، ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه .

٥١٣٦ (الفصـــل)

والكفاءة معتبرة فى الرجل دون المرأة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم لا مكافىء له ، وقد تزوج من أحياء العرب ، وتزوج صفية بنت حيي ، وتسرى بالإماء وقال : « مَنْ كانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ فَعَلَّمَهَا وَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا فَلَهُ أَجْرَانِ » متفق عليه ، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه ، فلم يعتبر ذلك فى الأم .

---

(١) الجهمية أصحاب جهم بن صفوان . قالوا : لا قدرة للعبد أصلا ، لا كاسبة ولا مؤثرة ، بل هو بمنزلة الجمادات والجنة والنار تفنيان بعد دخول أهلهما حتى لا يبقى موجود سوى الله تعالى . انظر (تعريفات الجرجانى ص ٥٥)

(٢) فرقة من الخوارج كما فى التبصير فى الدين ص ٣٥ ، الفرق بين الفرق ١٠٨ (ف)

(٣) هم المأخوذون من الأرض من صغار بنى آدم خوفا من العيلة ، أو فرارا من تهمة الزنا (المصدر السابق ص ١٣٠)

(٤) هم الخوارج الذين خرجوا على علىّ ومعاوية رضى الله عنهما

(٥) هم الذين رفضوا الشيخين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما

(٦) القدرية هم الذين يزعمون أن كل عبد خالق لفعله ، ولا يرون الكفر والمعاصى بتقدير الله تعالى

٥١٣٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها فى كفاية ، فالنكاح ثابت وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة ﴾

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها ، وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى : « واللاَّئى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئى لَمْ يَحِضْنَ » . فجعل اللائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق فى نكاح أو فسخ ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها فيعتبر . وقالت عائشة رضى الله عنها : « تزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست ، وبنى بى وأنا ابنة تسع » . متفق عليه . ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر إذنها . وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نُفست[1] فقيل له ، فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتنى ، وإن عشت كانت امرأتى . وزوج علىّ ابنته أم كلثوم وهى صغيرة عمر بن الخطاب رضى الله عنهما . وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان .

أحداهما : له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة ، وهذا مذهب مالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وإسحاق .

والثانية : ليس له ذلك ، واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعى ، والثورى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتىَّ تُسْتَأْمَر ، وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حَتىَّ تُسْتَأْذَن » فقالوا : يارسول الله فكيف إذنها ؟ قال « أَنْ تَسْكُتَ » . متفق عليه .

وروى أبوداود وابن ماجه عن ابن عباس ، أن جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل .

ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، والبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا » . رواه مسلم ، وأبو داود . فلما قسم النساء قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، دل على نفيه عن الآخر وهى البكر ، فيكون وليها أحق منها بها ، ودل الحديث

---

(١) نفست : بمعنى ولدت .

على الاستئمار ههنا ، والاستئذان مستحب فى حديثهم ليس بواجب ، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ » . رواه أبو داود ، وحديث التى خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ، ويحتمل أنها التى زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، فتخييرها لذلك ، ولأن مالا يشترط فيه لنكاح الصغيرة لا يشترط فى نكاح الكبيرة كالنطق ، وقول الخرقى : فوضعها فى كفاءة . يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وأحد قولى الشافعى ، لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء ، فلم يصح كسائر الأنكحة المحرمة ، ولأنه عقد لموليته عقداً لاحظ لها فيه بغير إذنها ، فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة ، أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعا ، فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لاحظ لها فيه كالوكيل .

والثانية : يصح ، لأنه عيب فى المعقود عليه ، فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذى لا يعلم عيبه ، ويحتمل ألا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء . ويصح إذا لم يعلم ، ولأنه إذا علم حَرُم عليه العقد فبطل لتحريمه ، بخلاف ما لم يعلمه . كما لو اشترى لها معيباً يعلم عيبه ، ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ، لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لها ، فتفسخ إن كرهت . وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها ، بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته . فإن كانت كبيرة فلها الخيار ، ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً ، لأنه أسقط حقه برضاه . وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ، لأنه يفسخ لحظها ، وحقها لا يسقط برضاه .

ويحتمل ألا يكون له الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار ، فإن كان لها ولى غير الأب فلها الفسخ على ما مضى . وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء ، ولا من معيب ، لأن الله تعالى أقامه مقامها ، ناظراً لها فيما فيه الحظ ، ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف فى نفسها ، فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه ، كما فى مالها . ولأنه إذا حرم عليه التصرف فى مالها بما لاحظ فيه ، ففى نفسها أولى .

٥١٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس هذا لغير الأب ﴾

يعنى ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة ، جَدّاً كان أو غيره ، وبهذا قال مالك ، وأبو عبيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى . وبه قال الشافعى إلا فى الجد ، فإنه جعله كالأب ، لأن ولايته ولاية إيلاد ، فملك إجبارها كالأب . وقال الحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس وقتادة ، وابن شبرمة ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة : لغير الأب تزويج الصغيرة ، ولها الخيار إذا بلغت . وقال هؤلاء

غير أبي حنيفة : إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا . قال أبو الخطاب : وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة ، لأن الله تعالى قال : « وإنْ خِفْتُمْ ألاّ تُقْسِطوُا فِي اليَتَامَى فانْكِحُوا مَا طابَ لَكُمْ مِن النِّسَاء » فمفهومه : أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة . واليتيم : من لم يبلغ ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لاَ يُتْمَ بَعْدَ احْتِلاَمٍ(١) » . قال عروة: سألت عائشة عن قول الله تعالى : « وَإنْ خِفْتُمْ ألاّ تُقْسِطوُا فِي اليَتَامى » ، فقالت : يا ابن أختى ، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ، ويشركها في مالها ، ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها ، بغير أن يقسط في صداقها ، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره ، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ، ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه ، ولأنه ولى في النكاح ، فملك التزويج كالأب .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمةُ فِي نَفْسِهَا ، وَإنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إذْنُهَا ، وَإنْ أبَتْ فَلاَ جَوَازَ عَلَيْهَا » رواه أبو داود ، والنسائي . وروى عن ابن عمر ، أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « إنَّهَا يَتِيمَةٌ ولاَ تُنْكَحُ إلاّ بإذْنِهَا » واليتيمة : الصغيرة التي مات أبوها ، ولأن غير الأب قاصر الشفقة ، فلا يلى نكاح الصغيرة كالأجنبى ، وغير الجد لا يلى مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبى ، ولأن الجد يلى بولاية غيره ، فأشبه سائر العصبات .

ووفارق الأب ، ، فإنه يدلى بغير واسطة ، ويسقط الإخوة والجد ، ويحجب عن الأم ثلث المال إلى ثلث الباقى فى زوج وأبوين، أو زوجة وأبوين . والآية محمولة على البالغة ، بدليل قول الله تعالى : « تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ » وإنما يدفع إلى الكبيرة أو نحملها على بنت تسع .

٥١٣٩ (فصـــــل)

وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان .

إحداهما : أنها كمن لم تبلغ تسعاً ، نص عليه في رواية الأثرم . وهو قول مالك ، والشافعى ، وأبي حنيفة ، وسائر الفقهاء . قالوا : حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان ، لأنها غير بالغة ، ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح .

والرواية الثانية : حكمها حكم البالغة . نص عليه في رواية ابن منصور ، لمفهوم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها ، وقد انتفى به الإذن فيمن دونها ، فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها . أنها قالت : « إذا بلغت الجارية تسع سنين فهى

(١) أخرجه أبو داود عن على .(ف)

امرأة » . ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه في حكم المرأة ، ولأنها بلغت سناً يمكن فيه حيضها ، ويحدث لها حاجة إلى النكاح ، فيباح تزويجها كالبالغة . فعلى هذا إذا زُوِّجت ثم بلغت ، لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت . وقد خطب عمر أمَّ كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته إلى عائشة ، فأجابته وهي لدون عشر ، لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها ، وإنما كانت ولاية عمر عشراً، فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ، ولم ينكره منكر . فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها ، والله أعلم .

٥١٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسناً ﴾

لا نعلم خلافا في استحباب استئذانها . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر به ، ونهى عن النكاح بدونه . وأقل أحوال ذلك الاستحباب ، ولأنه فيه تطييب قلبها ، وخروجها من الخلاف . وقالت عائشة : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية يُنكحها أهلها ، أتستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نَعَمْ تُسْتَأْمَر » . وقال : « اسْتأْمِرُوا النِّسَاء في أَبْضَاعِهِنَّ [1] فإنَّ البكرَ تستَحْيِي فتسْكُت فهُوَ إذنُها » . متفق عليهما .

وروى عن عطاء قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته ، إذا أنكحهن ، قال : كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول : إن فلانا يذكر فلانة . فإن حركت الخدر لم يزوجها ، وإن سكتت زوجها .

٥١٤١ (فصل)

يستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمِرُ النِّسَاءَ فِي بناتِهِنَّ » ، ولأنها تشاركه في النظر لابنتها ، وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها ، وفي استئذانها تطييب قلبها ، وإرضاء لها ، فتكون أولى .

٥١٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد ﴾

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة : فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم، إلا الحسن ، قال له : تزويجها ، وإن كرهته ، والنخعي قال : يزوج بنته

(١) الأبضاع جمع بضع ، بضم فسكون ، وهو : الجماع . رواه ابن السكيت . ونقل الأزهري أنه الفرج نفسه ، والمراد هنا الاستمتاع بالفرج بالنكاح . انظر تاج العروس ج ٥ ص ٢٧٦

إذا كانت عياله ، فإن كانت بائنه فى بيتها مع عيالها استأمرها . قال إسماعيل بن اسحاق : لا أعلم أحداً قال فى البنت بقول الحسن، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة ، فإن الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه . رواه البخارى والأئمة كلهم . قال ابن عبد البر : هذا الحديث مجمع على صحته ، والقول به ، لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن . وكانت الخنساء من أهل قباء ، وكانت تحت أُنَيْس بن قتادة ، فقتل عنها يوم أحد ، فزوجها أبوها رجلا من بنى عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرد نكاحها ، ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر .

وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا تُنْكَحُ الأيم[1] حتى تُسْتَأْمَر» متفق عليه. وقال : الأيمُ أحقُّ بنفسها من وَلِيِّها » وروى ابن عباس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس للولىِّ مع الثيِّبِ أمرٌ » رواهما النسائى ، وأبو داود، ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة، فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

القسم الثانى : الثيب الصغيرة ، وفيها وجهان :

أحدهما : لا يجوز تزويجها ، وهو ظاهر قول الخرقى ، واختاره ابن حامد ، وابن بطة والقاضى، ومذهب الشافعى لعموم الأخبار ، ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة ، لا بالصغر والكبر ، وهذه ثيب ، ولأن فى تأخيرها فائدة ، وهو : أن تبلغ فتختار لنفسها ، ويعتبر إذنها ، فوجب التأخير بخلاف البكر .

الوجه الثانى : أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها ، اختاره أبو بكر ، وعبد العزيز . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . لأنها صغيرة ، فجاز إجبارها كالبكر والغلام ، يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً ، فكذا هذه ، والأخبار محمولة على الكبيرة ، فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها ، والصغيرة لا حق لها .

ويتخرج وجه ثالث ، وهو : أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها ، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف ، لما ذكرنا فى البكر ، والله أعلم .

٥١٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذن الثيب الكلام ، وإذن البكر الصمات ﴾ .

أما الثيب : فلا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن إذنها الكلام للخبر ، ولأن اللسان هو المعبر عما فى القلب

(١) الأيم التى تبقى زمانا بلا زوج ، وصف للرجل والمرأة . انظر (تاج العروس ج ٨ ص ١٩٥)

وهو المعتبر [١] فى كل موضع يعتبر فيه الإذن ، غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض .

فأما البكر فإذنها صماتها فى قول [عامة] أهل العلم ، منهم شريح ، والشعبى ، وإسحاق ، والنخعى ، والثورى ، والأوزاعى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة . ولا فرق بين كون الولى أبا أو غيره . وقال أصحاب الشافعى : فى صمتها فى حق غير الأب وجهان .

أحدهما : لا يكون إذناً ، لأن الصمات عدم الإذن ، فلا يكون إذناً ، ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرهما ، فلا يكون إذناً كما فى حق الثيب ، وإنما اكتفى به فى حق الأب لأن رضاءها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن أهل العلم ، وترك للسنة الصحيحة الصريحة ، يصان الشافعى عن إضافته إليه ، وجعله مذهبا له ، مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يعرج منصف على هذا القول ، وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حتى تَسْتَأْمر ، ولا تنكحُ البكرُ حتى تستأذَن» . فقالوا : يا رسول الله ، فكيف إذنها ؟ قال : « أن تسكت» .

وفى رواية : عن عائشة [رضى الله عنها] أنها قالت : يا رسول الله ، إن البكر تستحيى قال : « رِضَاهَا صِمَاتُها [٢] » متفق عليه . وفى رواية : « واليتيمةُ تستأمَر ، فصَمْتُها إقْرَارُها » . رواه النسائى وفى رواية : « تَسْتَأْمرُ اليتيمةُ فى نفسِهَا فإن سكتَتْ فهو إذْنُها » . وهذا صريح فى غير ذات الأب .

وروى الأثرم عن عدى الكندى ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الثيِّبُ تُعْرِبُ عن نفْسها والبِكْرُ رضاها صِمَاتُها» [٣] والأخبار فى هذا كثيرة ، ولأن الحياء عُقْلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ، ولا تستحيى من إبائها وامتناعها ، فإذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها ، فاكتفى به .

وما ذكروه يفضى إلى ألا يكون صماتها إذناً فى حق الأب أيضا ، لأنهم جعلوا وجوده كعدمه ، فيكون إذاً رداً على النبى [٤] صلى الله عليه وسلم بالكلية ، واطراحا للأخبار الصريحة الجليلة ، وخرقا لإجماع الأمة المرضية.

٥١٤٣ (فصل)

فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم فى الإذن من صمتها ، وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها . وقال أبو يوسف ومحمد : إن بكت فليس بالإذن [٥] ، لأنه يدل على الكراهية ، وليس بصمت فيدخل فى عموم الحديث .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وهو المعبر .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : صمتها .
(٣) رواه الخمسة عن أبى هريرة .(ف)
(٤) فى المخطوطة ٣٩ : على رسول الله . . .
(٥) فى المخطوطة ٣٩ : فليس بإذن .

ولنا : ماروى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تستأمرُ اليتيمةُ فإن بَكَتْ أو سكَتَتْ فهو رِضَاها ، وإن أبَتْ فلا جواز عليها » . ولأنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان ، فكان إذنا منها كالصمات أو الضحك . والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ، ولو كرهت لامتنعت ، فإنها لا تستحيي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن ، وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ، وكذلك أقمنا الضحك مقامه .

٥١٤٥ (فصـــــل)

والثيب المعتبر نطقها هي : الموطوءة في القبل ، سواء كان الوطء حلالا أو حراما . وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، في المصابة بالفجور : حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها ، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته ، وهذه لم تباشر بالإذن في النكاح[1] ، فيبقى حياؤها منه بحاله .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « الثيبُ تعربُ عن نَفْسِها » [وهذه ثيب] ، ولأن قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكَحُ الأيِّمُ حتى تستَأْمرَ ، ولا تنكح البكرُ حتى تستَأْذَن ، وإذنها أن تسكت » ، يدل على أنه لا بد من نطق الثيب ، لأنه قسم النساء قسمين ، فجعل السكوت إذناً لأحدهما ، فوجب أن يكون الآخر بخلافه ، وهذه ثيب ، فإن الثيب هي الموطوءة في القبل ، وهذه كذلك ، ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية ، ولو أوصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكراً ، فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ ، ولأنها موطوءة في القبل ، فأشبهت الموطوءة بشبهة ، والتعليل بالحياء غير صحيح ، فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه ، وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ، ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث ، فيكون باطلا في نفسه ، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة ، وعلى هذا ليس لنا إجبارها[2] إذا كانت بالغة ، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان ، وقولهم : إنها لم تباشر الإذن قلنا : يبطل بالموطوءة بشبهة[3] أو في ملك يمين ، والمزوجة وهي صغيرة .

٥١٤٦ (فصـــــل)

وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة ، أو شدة حيضة ، أو بأصبع ، أو عود ونحوه ، فحكمها حكم الأبكار . ذكره ابن حامد ، لأنها لم تختبر المقصود ، ولا وجد وطؤها في القبل ، فأشبهت من لم تزل

---

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : لم تباشر الإذن في النكاح. وهي أصح وقد جرى عليه في نهاية الفصل .

(٢) في المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : ليس لأبيها إجبارها .   (٣) في المخطوطة ٣٩ : الموطوءة بالشبهة .

عذرتها . ولو وطئت فى الدبر لم تصر ثيبا ، ولا حكمها حكمهن ، لأنها غير موطوءة فى القبل .

٥١٤٧ (فصـــل)

إذا اختلف الزوج والمرأة فى إذنها فى تزويجها قبل الدخول فالقول قولها فى قول أكثر الفقهاء . وقال زفر فى الثيب : كقول أهل العلم ، وفى البكر : القول قول الزوج ، لأن الأصل السكوت ، والكلام حادث ، فالزوج يدعى الأصل ، فالقول قوله .

ولنا : أنها منكرة للإذن، والقول قول المنكر ، ولأنه يدعى أنها استؤذنت وسمعت فصمتت، والأصل عدم ذلك ، وهذا جواب عن قوله ، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضى : القول قول الزوج ، لأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح ، وكان الظاهر معه . وهل تستحلف المرأة إذا قلنا : القول قولها ؟ قال القاضى : قياس المذهب أنه لا يمين عليها ، كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد : تستحلف ، فإن نكلت فقال أبو يوسف ومحمد : يثبت النكاح ، وقال الشافعى : يستحلف الزوج ، ويثبت النكاح .

ولنا : أنه اختلاف فى زوجية ، فلا يثبت بالنكول ، ولا يحلف المدعى معه ، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته ، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج[1] فالقول قولها ، لأنه اختلاف فى أمر يختص بها ، صادر من جهتها ، فالقول قولها فيه ، كما لو اختلفوا فى نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ، ولأنها تدعى صحة العقد وهم يدعون فساده ، فالظاهر معها .

٥١٤٨ (فصل فى المجنونة)

إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها ، لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى . وإن كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة ، فهذه يجوز لوليها تزويجها ، ذكره القاضى . وهو ظاهر كلام الخرقى ، لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعى ، وأبى حنيفة . ومنع منه أبو بكر ، لأنها ولاية إجبار ، وليس على الثيب ولاية إجبار . والأول أصح ، فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها ، لحصول المباشرة منها والخبرة ، وهذه بخلاف ذلك . وكذلك الحكم فى الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار فى حقها إذا كانت عاقلة .

القسم الثانى : أن يكون وليها الحاكم ، ففيها وجهان .

---

(١) فى المخطوطة ٣٥ : وأنكر ورثة الزوج .

أحدهما : ليس له تزويجها بحال ، لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها .

والثانى : له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة ، وهو اختيار ابن حامد ، وأبى الخطاب ، وقول أبى حنيفة ، لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها ، وصيانتها عن الفجور ، وتحصيل المهر والنفقة والعفاف ، وصيانة العرض ، ولا سبيل إلى إذنها ، فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها ، وكذلك ينبغى أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها ، لأن ذلك من أعظم مصالحها ، وقال الشافعى : لا يملك تزويجها صغيرة بحال ، ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها[1] .

ولنا : أن المعنى المبيح للتزويج وجد فى حق الصغيرة ، فأبيح تزويجها كالكبيرة . وإذا ظهرت منها شهوة للرجال ففى تزويجها مصالحتها ، ودفع حاجتها ، فأشبه مالو قال أهل الطب : إنه يزيل علتها ، وتعرف شهوتها من كلامها ، وقرائن أحوالها ، كتتبعها الرجال ، وميلها إليهم ، وأشباه ذلك .

القسم الثالث : مَنْ وليها غير الأب والحاكم . فقال القاضى : لا يزوجها غير الحاكم ، فيكون حكمها حكم القسم الثانى على ما بيناه .

وقال أبو الخطاب : لهم تزويجها فى الحال التى يملك الحاكم تزويج موليته فيها . وهذا قول أبى حنيفة، لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه فى التزويج ، كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضى : أن الحاكم هو الناظر لها فى مالها دونهم ، فيكون ولياً دونهم ، كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة ، فكانت إلى الحاكم ، كدفع حاجة الجوع والعرى ، فإن كان لها وصى فى مالها لم يتملك تزويجها لأنه لا ولاية له فى نكاحها ، والحكم فى تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا .

٥١٤٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى ، وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح ، وكان لها مهر مثلها ﴾

وجملة ذلك : أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة . وبهذا قال أبو الخطاب ، ومالك . وقال الشافعى : ليس له ذلك ، فإن فعل فلها مهر مثلها ، لأنه عقد معاوضه ، فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ، ولأنه تفريط فى مالها ، وليس له ذلك .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا فى صداق النساء ، فما أصدق

(١) فى المطبوعة : بتزوجها . فى الفقرة كلها .

رسول الله صلى الله عليه وسلم أحداً من نسائه ، ولا أحداً من بناته أكثر من اثنى عشر أوقية ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه ، فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك ، وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين ، وهو من سادات قريش شرفا وعلماً وديناً ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها[1] ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض ، وإنما المقصود السكن والازدواج ، ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب[2] ، ويصونها ويحسن عشرتها ، والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعانى المقصودة بالنكاح ، فلا ينبغى أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره .

ويفارق سائر عقود المعاوضات ، فإن المقصود فيها العوض ، فلم يجز تفويته ، فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها ، فإن زوج بدون ذلك صح النكاح ، لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر فى النكاح ، ويكون لها مهر مثلها ، لأنه قيمة بضعها ، وليس للولى نقصها منه ، فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

٥١٥٠ (فصل)

وتمام المهر على الزوج ، لأن التسمية ههنا فاسدة ، لكونها غير مأذون فيها شرعاً ، فوجب على الزوج مهر المثل ، كما لو زوجها بمحرم ، وعلى الولى ضمانه ، لأنه المفرِّط ، فكان عليه الضمان ، كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد [رحمه الله] : أخاف أن يكون ضامناً ، وليس الأب مثل الولى ، ولا تملك المرأة الفسخ ، لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها ، والله أعلم .

٥١٥١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز ، إلا أن يزوجه والده أو وصى ناظر له فى التزويج ﴾
الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة .

٥١٥٢ (أحدها)

أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضى فى المجرد : للحاكم تزويجه ، لأنه

(١) فى مخطوط « سير السلف » للحافظ اسماعيل بن محمد الأصفهانى أنه رفض زواجها من ابن الخليفة وزوجها لطالب من طلابه بدرهمين ، ثم أعطاه بعد ذلك ألفى درهم ليستعين بها ، أنظر حرف السين من تراجم التابعين. والكتاب يجرى طبعه الآن من تحقيقنا .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ووضع المرأة فى منصب عند من يكفلها .

يلى ماله ، وقال الشافعى : يملك ولى الصبى تزويجه ، ليألف حفظ فرجه عند بلوغه ، وليس بسديد ، فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة ، فالغلام أولى . وفارق الأب ووصيه ، فإن لهما تزويج الصغيرة وولاية الإجبار ، وسواء أذن الغلام فى تزويجه أو لم يأذن ، فإنه لا إذن له ؛

٥١٥٣ (الفصل الثانى)

أن المعتوه وهو : الزائل العقل بجنون مطبق ، ليس لغير الأب ووصيه تزويجه . وهذا قول مالك . وقال أبو عبد الله بن حامد : للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء ، بأن يتبعهن ويريدهن، وهذا مذهب الشافعى ، لأن ذلك من مصالحه ، وليس له حال ينتظر فيها إذنه ، وقد ذكرنا (توجيه)[1] الوجهين فى تزويج المجنونة . وينبغى على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب : إن فى تزويجه ذهاب علته ، لأنه من أعظم مصالحه ، والله أعلم .

٥١٥٤ (الفصل الثالث)

أن للأب أو وصيه تزويجهما ، سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا ، وسواء كان الجنون مستداما أو طارئاً فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن لأبيه تزويجه . كذلك قال ابن المنذر ، وممن هذا مذهبه : الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير ، فاختصما[2] إلى زيد فأجازاه جميعاً ، رواه الأثرم بإسناده . فأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه . وقال الشافعى : لا يجوز ، لأنه يلزمه بالتزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته ، فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء .

ولنا : أنه غير بالغ ، فملك أبوه تزويجه كالعاقل ، ولأنه إذا ملك[3] تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه[4] إلى التزويج رأيا ونظراً لنفسه ، فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى . وفارق غير الأب ، فإنه لا يملك تزويج العاقل . وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقى : أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها . وقال القاضى : إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن فى تزويجه مع عدم حاجته إضرارا به ، بإلزامه حقوقا لا مصلحة له فى التزامها . وقال أبو بكر : ليس للأب تزويجه بحال ، لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل ، وقال زفر : إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه ، وإن كان مستداماً جاز .

---

(١) الكلمة ساقطة من المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : فاختصموا .
(٣) فى المخطوطة ١٨ : إذا جاز .
(٤) فى المطبوعة : مع احتياجه

ولنا : أنه غير مكلف ، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير ، فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال ، وتوقع نظره عند الحاجة ، فههنا أولى .

ولنا : على التسوية بين الطارىء والمستدام : أنه معنى يثبت الولاية ، فاستوى طارئه ومستدامه كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله ، وأثبتها عليه في النكاح[1] كالمستدام . فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها ، فإنه [لا] يجوز لوليه تزويجه ، إلا إذا رأى المصلحة فيه ، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة ، فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ ، وربما كان دواء له ، ويترجى به شفاؤه ، فجاز التزويج له كقضاء الشهوة ، والله أعلم .

٥١٥٥ (فصـــل)

ومن يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه ، لأن ذلك ممكن ، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ، ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل ، فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله ، فعلى نفسه أولى ، وإن لم يُرْجَ زواله فهو داخل فيما ذكرناه .

٥١٥٦ (الفصل الرابع)

أن وصي الأب[2] في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة ، وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه ، وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة ، فإن كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج ، لأنه إنما يستفيد التصرف بالوصية ، فلا يملك ما لم يوص به إليه ، ووصيّ غير الأب لا ولاية له على صبيّ أو مجنون ، لأن الموصي لا يملك ذلك ، فوصيه أولى .

٥١٥٧ (فصـــل)

وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ، ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله ، لأنهما ليسا من أهل التصرف . وإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه ، حتى يتولاه لنفسه ، كما يفوض أمر البيع إليه ، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه . وإن تزوج له الوليّ جاز ، كما يجوز أن يبتاع له ، وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه . وإن قلنا : لا يصح ذلك منه ، فهذا أولى .

٥١٥٨ (فصـــــل)

وذكر القاضي: أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل ، لأنه معاوضة في حق الغير ، فلم تجز

---

(١) في المخطوطة ١٨ : في نكاحه . (٢) في المخطوطة : ٢٠ ، ٣٩ ووصي الأب .

الزيادة فيها على عوض المثل ، كبيع ماله ، وهذا مذهب الشافعى . وقد ذكرنا : أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، فهذا مثله . فإنه قد يرى المصلحة فى ذلك ، فجاز له بذل المال فيه ، كما يجوز فى مداواته ، بل الجواز ههنا أولى ، فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها ، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك ، بخلاف المرأة . وذكر القاضى فى المجرد : أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة ، لعدم حاجته إلى زيادة عليها ، فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه . وذكر فى الجامع : أن له تزويج ابنه الصغير بأربع ، لأنه قد يرى المصلحة فيه ، وليس له تزويجه بمعيبة عيباً يرد به فى النكاح ، لأن فيه ضرراً به ، وتفويتاً لماله[1] فيما لا مصلحة له فيه . فإن فعل خرج فى صحة النكاح وجهان . فإن قلنا : يصح فهل للولى الفسخ فى الحال؟ على وجهين مضى توجيههما فى تزويج الصغيرة بمعيب ، ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبى أو عقل المجنون فلهما الفسخ ، وليس له تزويجه بأمة ، لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت[2] ، وهو معدوم فى حق الصبى ، غير معدوم[3] فى المجنون .

٥١٥٩ (فصـــــل)

وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن ، موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه عقد للابن ، فكان عليه بذله كثمن المبيع . وهل يضمنه الأب ؟ فيه روايتان .

إحداهما : يضمنه ، نص عليه فقال : تزويج الأب لابنه الطفل جائز ، ويضمن الأب المهر ، لأنه التزم العوض عنه فضمنه ، كما لو نطق بالضمان .

والأخرى : لا يضمنه ، لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره ، فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه ، أو كالوكيل . قال القاضى : هذا أصح ، وقال : إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً ، أما الموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة . فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق ، فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن ، وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع فى الهبة ، لأن الإبن ملكه بالطلاق عن غير أبيه ، فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبياً ، ثم وهبه الأجنبى للابن . ويحتمل أن يرجع فيه ، لأنه تبرع عن ابنه ، فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن ، وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ، ثم طلق قبل الدخول . وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم فى الرجوع فى جميعه كالحكم فى الرجوع فى النصف بالطلاق .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وتفويت ماله .
(٢) العنت : يطلق على معان كثيرة منها لقاء الشدة [تاج العروس] جـ ١ ص ٥٦٥ . والمراد خوف الزنا
(٣) فى المخطوطة ٣٩ : غير معلوم .

٥١٦٠ (فصل فى المحجور عليه للسفه)

والكلام فى نكاحه فى ثلاثة أحوال .

أحدها : أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح ، لأنه نصب لمصالحه ، وهذا من مصالحه ، لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه ، فإنه ربما تعرض بترك التزويج الإثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته[1] بقوله أو بغير قوله : وسواء كانت حاجته إلى الاستمتاع[2] أو إلى الخدمة ، فيزوجه امرأة لتحل له ، لأنه يحتاج إلى الخلوة بها ، وإن لم يكن به حاجة إليه لم يجز تزويجه ، لأنه يلزمه بالنكاح حقوقا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى ، فيكون تضييعاً لماله ونفسه فى غير فائدة ، فلم يجز كتبذير ماله . وإذا أراد تزويجه استأذنه فى تزويجه ، فإن زوجه بغير إذنه فقال أصحابنا : يصح ، لأنه عقد معاوضة فملكه الولى فى حق المولّى عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل ألا يملك تزويجه بغير إذنه ، لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار ، فإنه يطلّق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولأنه قد يكون له غرض فى امرأة ، ولا يكون له فى أخرى ، فإذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها ، وفات عليه غرضه من الأخرى ، فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه . وإنما جاز ذلك فى حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولها ، ولم يتعذر ذلك ههنا ، فوجب ألا يفوت ذلك عليه كالرشيد .

الحال الثانى

أن للولى أن يأذن له فى التزويج فى الحال التى للولى تزويجه فيها ، وهى حالة الحاجة ، لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ، ولذلك يملك الطلاق والخلع ، فجاز أن يفوض إليه ذلك . ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقاً ، وقال بعض الشافعية : يحتاج إلى التعيين ، لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك .

ولنا : أنه أذن فى النكاح فجاز من غير تعيين كالإذن للعبد ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، ولا يتزوج إلا بمهر المثل ، فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة ، لأنها محاباة بماله ولا يملكها . وإن نقص عن مهر المثل جاز ، لأنه ربح من غير خسران .

الحال الثالث

إذا تزوج بغير إذن . فقال أبو بكر : يصح النكاح . أومأ إليه أحمد . قال القاضى : يعنى إذا كان محتاجاً ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . علم حاجته . (٢) فى المطبوعة الثالثة . وسواء كانت حاجته بالاستمتاع .

فإن عدمت الحاجة لم يجز ، لأنه إتلاف لماله فى غير فائدة . وقال أصحاب الشافعى : إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه ، لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد . وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان .

ولنا : أنه إذا احتاج إلى النكاح لحقه متعين فيه ، فصح استيفاؤه بنفسه ، كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه . فأما إن تزوج من غير حاجة لم يصح ، فإن وطىء الزوجة فعليه مهر المثل ، لأنه أتلف بضعها بشبهة ، فلزمه عوض ما أتلف ، كما لو أتلف مالها .

٥١٦١ (فصـــل)

وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه ، سواء كان ممن يملك التزويج كوصى الأب والحاكم على قول ابن حامد ، أو لا يملكه ، لا نعلم فى هذا خلافا . فأما الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال أحمد فى رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ، ثم إن الأبوين كرها ، هل لهما أن يفسخا ؟ فقال : قد اختلف فى ذلك ، وكأنه رآه . قال أبو بكر : لم يبلغنى عن أبى عبد الله فى هذه المسألة إلا هذه الرواية ، فتخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء ، وقتادة ، لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البُضع ، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهماً ، كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار .

والقول الثانى : لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، لقول النبى صلّى الله عليه وسلم : « إنَّما الطَّلاقُ لِمَنْ أخَذَ بِالسَّاقِ[1] » . ولأنه لا يملك البضع ، فلا يملك الطلاق بنفسه كوصى الأب والحاكم ، وكالسيد يزوج عبده الصغير . وبهذه الأصول يبطل دليل القول الأول .

٥١٦٢ (فصـــل)

وإذا ادعت امرأة المجنون عُنَّتَهَ[2] لم تضرب له مدة ، لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ، ولا حكم لإقراره . وإن أقر بالعنة وهو صحيح ، فضُربت له المدة ، ثم جُنّ وانقضت المدة ، وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ ، لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله ، وإن كانت بكراً فادعى منعها إياه نفسها ، و[قالت] إنه وطئها فعادت عذرتها ، فله استحلافها . فإذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستحلف ، ولا يثبت[3] ماقالته فلم يفسخ عليه .

---

(١) أخرجه الدارقطنى وابن ماجه ج ١ ص ٦٤١ عن ابن عباس(ف) .

(٢) أى عجزه عن مباشرتها مباشرة الأزواج مع وجود أعضاء التذكير ، دون قطع أحدها وذلك لمرض أو ضعف . ومنه : القدرة على وطء البكر دون الثيب

(٣) فى المخطوطة ٢٩ : فلا يثبت .

٥١٦٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح ، كبيرة كانت أو صغيرة ﴾.

لا نعلم فى هذا خلافاً ، وذلك لأن منافعها مملوكة له ، والنكاح عقد على منفعتها ، فأشبه عقد الإجارة ، ولذلك ملك الاستمتاع بها . وبهذا فارقت العبد ، ولأنه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ، ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد .

٥١٦٤ (فصل)

والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة القن فى إجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره : ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها ، وكرهه ربيعة . وللشافعى فيه قولان ، لأنه لا يملك التصرف فى رقبتها ، فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كأخته .

ولنا : أنها مملوكته ، يملك الاستمتاع بها وإجارتها ، فملك تزويجها كالقن ، ولأنها إحدى منفعتيها ، فملك أخذ عوضها[1] كسائر منافعها . وما ذكروه يبطل بابنته الصغيرة ، لا يملك رقبتها ويملك تزويجها . وإذا ملك أخته من الرضاع ، أو مجوسية فله تزويجهما وإن كانتا محرمتين عليه ، لأن منافعهما ملكه وإنما حرمتا عليه لعارض . فأما التى بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها ، لأنه لا يملك جميعها ، ولا يملك إجبار المكاتبة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ، ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ، ولا تلزمه نفقتها ، ولا يصل إليه مهرها ، فهى كالعبد .

٥١٦٥ (فصل)

فإن طلبت الأمة من سيدها تزويجها ، فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها ، لأن عليه ضرراً فى تزويجها ، ووطؤه لها يدفع حاجتها . فإن كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه ، كالمجوسية وأخته من الرضاع ، أو محللة له لكن لا يرغب فى وطئها أُجْبِر على تزويجها أو وطئها إن كانت محللة له ، أو إزالة ملكه عنها ، لأنه وليها فأجبر على تزويجها كالحرة ، لأن حاجتها قد تشتد إلى ذلك فأجبر على دفعها كالإطعام والكسوة وإذا امتنع أجبره الحاكم ، وإن طلبت منه مَنْ نصفها حر ، أو المكاتبة ، أو أم الولد التزويج أجبر عليه ، لأنه وليهن ، فأجبر على تزويجهن كالحرائر .

٥١٦٦ (فصل)

وإذا اشترى عبده المأذون أمة ، وركبته ديون ، ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها نص عليه أحمد ،

(١) فى المطبوعة : أحد عوضيها .

وذكره أبو بكر . وقال : للسيد وطؤها . وقال الشافعى : ليس له شىء من ذلك ، لما فيه من الإضرار بالغرماء . وأصل الخلاف يبنى على دين المأذون له فى التجارة ، فعندنا يلزم السيد ، فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد فى الأمة ، فإن الدين ما تعلق بها ، وعنده : أن الدين يتعلق بالعبد وبما فى يده ، فيلحقهم الضرر ، والكلام على هذا يذكر فى موضعه .

٥١٦٧ (فصـــــل)

وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به فى النكاح ، لأنه يؤثر فى الاستمتاع ، وذلك حق لها ، ولذلك ملكت الفسخ بالجَبّ[1] والعُنَّة ، والامتناع من العبد دون السيد . وفارق بيعها من معيب ، لأنه لا يراد للاستمتاع ، ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ، ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عُنَّتِهِ ولا إيلائه . وإن زوجها من معيب فهل يصح ؟ على وجهين . فإن قلنا يصح ، فلها الفسخ . وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ فى الحال أو ينتظر بلوغها ؟ على وجهين . ومذهب الشافعى هكذا فى هذا الفصل كله .

٥١٦٨ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز ، إلا أن يكون صغيرا ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٥١٦٩ (أحـــدها)

أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح . وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه . وقال مالك وأبو حنيفة : له ذلك ، لقول الله تعالى: « وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ »[2] ، ولأنه يملك رقبته ، فملك إجباره على النكاح كالأمة ، ولأنه يملك إجارته ، فأشبه الأمة .

ولنا : أنه مكلف يملك الطلاق ، فلا يجبر على النكاح كالحر ، ولأن النكاح خالص حقه ، ونفعه له ، فأشبه الحر ، والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه ، بدليل عطفه على الأيامى ، وإنما يزوّجن عند الطلب . ومقتضى الأمر الوجوب ، وإنما يجب تزويجه عند طلبه . وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها ، والاستمتاع بها ، بخلاف العبد . ويفارق النكاح الإجارة ، لأنها عقد على منافع بدنه ، وهو يملك استيفاءها .

٥١٧٠ (الفصل الثانى)

فى العبد الصغير الذى لم يبلغ . فللسيد تزويجه فى قول أكثر أهل العلم ، إلا أن بعض الشافعية قال : فيه قولان ، وقال أبو الخطاب : يحتمل ألا يملك تزويجه .

(١) الجب قطع الذكر والأنثيين ، ويسمى الرجل حينئذ مجبوبا (٢) سورة النور آية ٣٢ .

ولنا : أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير ، فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى ، وكذلك الحكم في عبده المجنون .

٥١٧١ (فصل)

والمهر والنفقة على السيد ، سواء ضمنهما أو لم يضمنهما ، وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده ، وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه . نص عليه أحمد . وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه ، فإنه قال : نفقته من ضريبته ، وقال : إن كان بقيمة ضريبته أنفق عليها ، ولا يعطى المولى ، وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما ، وهذا قول الشافعي .

وفائدة الخلاف:أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب ، وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد ، وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب . ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب ، فللمرأة الفسخ ، وليس للسيد منعه من الكسب .

ولنا : أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده ، فتعلق بسيده ، وجاز بيعه فيه ، كما لو رهنه بدَيْن . فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد . نص عليه ، لأنه حق تعلق بذمته ، فلم يسقط ببيعه وعتقه ، كأرش جنايته . فأما النفقة فإنها تتجدد ، فتكون في الزمن المستقبل على المشترى ، أو على العبد إذا أعتق.

٥١٧٢ (فصل)

ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه ، ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه ، لأنه مكلف يصح طلاقه ، فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ، ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً . فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح ، لأنه متصرف بالإذن ، فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل ، وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء ، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج إليها ، وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلا للاستمتاع ، وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ، ولا يلزمه إرساله نهاراً ، لأنه يحتاج إلى استخدامه ، وليس النهار محلا للاستمتاع ، ولسيده المسافرَةَ به ، فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر ، والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته ، كذا ههنا .

٥١٧٣ (فصل)

وللسيد أن يعين له المهر ، وله أن يطلق ، فإن تزوج بما عينه أو دونه ، أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه ، لزم المسمى . وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة ، وهل تتعلق برقبة العبد أو بذمته

يُتْبَع بها بعد العتق ؟ على روايتين ، بناء على استدانة العبد المحجور عليه ، وقد ذكر في باب المصرَّاة[1] .

٥١٧٤ (فصــــــل)

وإن تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده لسيده ، لم يؤثر ذلك في نكاحه . وإن اشتراها لنفسه ، وقلنا : إن العبد لا يملك بالتمليك فكذلك . وإن قلنا : يملك بالتمليك انفسخ نكاحه ، كما لو اشترى الحر امرأته. وله وطؤها بملك اليمين . إذا أذن له السيد . فإن كان نصفه حراً فاشتراها في ذمته ، أو بما يختص بملكه ، انفسخ نكاحه ، لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه . وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ، ولم تحل له ، لأنه لا يملك جميعها . وإن اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه ، وقلنا : لا تفرق الصفقة لم يصح البيع ، والنكاح بحاله . وإن قلنا : بتفريقها صح في قدر ماله ، وانفسخ النكاح للملك بعضها .

٥١٧٥ (فصــــــل)

وإن اشترت الحرة زوجها ، أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح ، لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان ، لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ، ولأن المرأة تقول : أنفق علي ، لأنني امرأتك ، وأنا أسافر بك لأنك عبدي ، ويقول هو : أنفقي علي لأنني عبدك ، وأنا أسافر بك لأنك امرأتي ، فيتنافى ذلك ، فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين ، وينفسخ النكاح ، لأنه أضعف ، ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول ، وله عليها الثمن ، فإن كانا دَيْنين من جنس تقاصا وتساقطا وإن كانا متساويين . وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله ، وبقي الفاضل . وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا ، وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قوليه : يسقط مهرها ، لأنه دين في ذمة العبد ، فإذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها ، كما لو أتلف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد ، وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده ، فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه .

وذكر القاضي فيه وجهاً : أنه يسقط ، لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد ، فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً ، كالدين الذي على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ، ولا يعرف هذا في المذهب ، ولأنه ثبت في الذمتين جميعاً إحداهما تبعاً للأخرى . بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه ، كما لو طلقها قبل دخوله بها ، وفي سقوط باقيه وجهان .

أحدهما : لا يسقط ، لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع ، فانفسخ إذاً من جهته ، فلم يسقط جميع المهر كالخلع .

---

(١) هي الشاة يحزن لبنها في ضرعها ليغر بها المشتري . وقد سبق القول في أحكامها .

والثانى : يسقط ، لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة ، فأشبه الفسخ بالعيب فى أحدهما ، وفسخها لإعساره وشراء الرجل لامرأته .

٥١٧٦ (فصـــــل)

فإن ابتاعته بصداقها صح : نص عليه أحمد ، وذكره أبو بكر والقاضى . ويرجع عليها بنصفه إن قلنا : يسقط نصفه ، أو بجميعه إن قلنا : يسقط جميعه . ويحتمل ألا يصح البيع ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن ثبوته يقتضى نفيه ، فإن صحة البيع تقتضى فسخ النكاح ، وسقوط المهر يقتضى بطلان البيع ، لأنه عوض[1] ، ولا يصح بغير عوض .

ولنا : أنه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد ، فجاز أن يكون ثمنا له كغيره من الديون ، وماسقط منه يرجع عليه به .

٥١٧٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج الوليان فالنكاح الأول منهما ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إن كان[2] للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها جاز ، سواء أذنت فى رجل معين ، أو مطلقا فقالت : قد أذنت لكل واحد من أوليائى فى تزويجى من أراد . فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له ، دخل بها الثانى أو لم يدخل . وهذا قول الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، وابن سيرين ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى . وبه قال عطاء ، ومالك ، ما لم يدخل بها الثانى . فإن دخل بها الثانى صار أولى ، لقول عمر : « إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثانى » ، ولأن الثانى اتصل بعقده القبض فكان أحق .

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّان فَهِىَ لِلْأَوَّل » أخرج حديث سمرة أبو داود ، والترمذى ، وأخرجه النسائى عنه ، وعن عقبة . وروى نحو ذلك عن على ، وشريح . ولأن الثانى تزوج امرأة فى عصمة زوج ، فكان باطلا ، كما لو علم أن لها زوجا ، ولأنه نكاح باطل لو عرى عن الدخول ، فكان باطلا وإن دخل [بها] ، كنكاح المعتدة والمرتدة وكما لو علم . فأما حديث عمر رضى الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث ، وقد خالفه قول على رضى الله عنه ، وجاء على خلاف حديث النبى صلى الله عليه وسلم ، وماذكروه من القبض لا معنى له ، فإن النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ، ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . لأنه عوضه .   (٢) فى المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : إذا كان .

٥١٧٨ (فصـــــــل)

إذا استوى الأولياء فى الدرجة كالإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تقدم إليه مُحَيِّصَة[1] ، وحُوَيِّصَة ، وعبدالرحمن بن سهل فتكلم عبدالرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « كَبِّرْ كَبِّرْ[2] » . أى : قدم الأكبر ، قدم الأكبر . فتكلم حويصة . وإن تشاحُّوا ولم يقدموا الأكبر أقرع بينهم ، لأن حقهم استوى فى القرابة . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوى حقوقهن ، كذا ههنا ، فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤاً بإذن المرأة صح ، وإن كان هو الأصغر المفضول الذى وقعت القرعة لغيره ، لأنه تزويج صدر من ولى كامل الولاية ، بإذن موليته ، فصح كما لو انفرد ، وإنما القرعة لإزالة المشاحَّة .

٥١٧٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن دخل بها الثانى وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما ، وكان لها عليه مهر مثلها ، ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حِيَضٍ ، بعد آخر وقت وطئها الثانى ﴾ .

أما إذا علم الحال قبل وطء الثانى لها فإنها تدفع إلى الأول ، ولا شىء على الثانى ، لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً . وإن وطئها الثانى وهو لا يعلم فهو وطء شبهة ، يجب لها به المهر ، وترد إلى الأول ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل . نص عليه أحمد ، وهو قول قتادة ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال أحمد رحمه الله : لها صداق بالمسيس ، وصداق من هذا ، ولا يرد الصداق الذى يؤخذ من الداخل بها على الذى دفعت إليه ، وذلك لأن الصداق فى مقابلة الاستمتاع بها ، فكان لها دون زوجها ، كما لو وُطئت بشبهة أو مكرهة . ولا يحتاج هذا النكاح الثانى إلى فسخ ، لأنه باطل . ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج ، لأنه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل ، لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر : أن الواجب المسمى ، قال القاضى : هو قياس المذهب ، والأول أصح لما قلناه ، والله أعلم .

٥١٨٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان ﴾ .

---

(١) حويصة بضم ففتح فياء مشددة كما فى القاموس . ومشددة مكسورة كما فى هامش سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٦٣ . وبعد الياء صاد مفتوحة . ومحيصه بضم ففتح فياء مشددة مفتوحة وصاد مفتوحة (ف)

(٢) أخرجه البخارى ومسلم عن سهل بن أبى حثمة فى القيامة (ف) .

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين ألا يعلم كيفية وقوعهما ، أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه ، أو يعلم بعينه ثم يشك ، فالحـكم فى جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النـكاحين جميعاً . نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، ثم تتزوج من شاءت منهما ، أو من غيرهما . وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك وعن أحمد روايةأخرى : أنه يقرع بينهما ، فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ، ثم يجددالقارع نـكاحه ، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النـكاح شيئا ، وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه ، وصارت زوجة هذا بعقده الثانى ، لأن القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوى ، كالسفر بإحدى نسائه ، والبداءة بالمبيت عند إحداهن ، وتعيين الأنصباء فى القسمة .

وقال الثورى وأبو ثور : يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة، فإن أبيا فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الأول ، لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح ، فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعى وابن المنذر : النـكاح مفسوخ ، لأنه تعذر إمضاؤه . وهذا لا يصح ، فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله ، كما لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن . فإن العقد لا يزول إلا بفسخه ، كذا ههنا . وقد روى عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وحماد بن أبى سليمان : أنها تخير ، فأيهما اختارته فهو زوجها ، وهذا غير صحيح ، فإن أحدهما ليس بزوج لها ، فلم تخير بينهما ، كما لو لم يعقد إلا أحدهما ، كما لو أشكل على الرجل امرأته فى النساء ، أو على المرأة زوجها ، إلا أن يريدوا بقولهم:إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ، ثم عقد المختار نـكاحها ، فهذا حسن ، فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً ، وبفسخ أحد النـكاحين عن فسخهما . فإن أبت أن تختار لم تجبر وكذلك ينبغى أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نـكاحه ، لأنه لا يعلم أنه زوجها ، فيتعين إذاً فسخ النـكاحين ، ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما فى الحال إن كان قبل الدخول ، وإن كان أحدهما دخل بها لم تنـكح حتى تنقضى عدتها من وطئه .

٥١٨١ (فصـــل)

فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ، ولا بينة لهما ، لم يقبل قولها ، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها ، نص عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعى : يقبل ، كما لو أقرت ابتداء .

ولنا : أن الخصم فى ذلك هو الزوج الأخير[1] فلم يقبل إقرارها فى إبطال حقه ، كما لو أقرت عليه بطلاق : وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنـكرت ، لم تستحلف لذلك . وقال أصحاب الشافعى : تستحلف ، بناء منهم على أن إقرارها مقبول . فإن فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه ،

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الزوج الآخر .

أو الوقوع القرعة له ، وأقرت . له أن عقده سابق ، فينبغى أن يقبل إقرارها ، لأنهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع ، فأشبه مالو لم يكن صاحب عقد آخر .

٥١٨٢ (فصـــــــل)

وإن علم أن العقدين وقعا معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان ، لا حاجة إلى فسخهما ، لأنهما باطلان من أصلهما ، ولا مهر لها على واحد منهما ، ولا ميراث لها منهما ، ولا يرثها واحد منهما كذلك . وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما . فروى عن أحمد : أنه يجب لها نصف المهر ، ويقترعان عليه ، لأن عقد أحدهما صحيح ، وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول ، فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها ، وقال أبو بكر : لا مهر لها ، لأنهما مجبران على الطلاق ، فلم يلزمهما مهر ، كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عُنته وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها ، فيوقف الأمر حتى يصطلحا عليه . ويحتمل أن يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث . وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلاميراث لها من الآخر ، وهى تدعى ربع ميراث من أقرت له . فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه . وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإن نكلوا قضى عليهم . وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ . واحتمل أن يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه . وقد روى حنبل عن أحمد ، فى رجل له ثلاث بنات زوّج إحداهن من رجل ، ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوّج ، يقرع بينهن ، فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته ، وإن مات الزوج فهى التى ترثه ، والله أعلم .

٥١٨٣ (فصـــل)

وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ، ثم فرق بينهما ، وقلنا بوجوب المهر ، وجب على المقر له دون صاحبه ، لاقراره لها به ، وإقرارها ببراءة صاحبه . وإن ماتا ورثت المقَرّ له دون صاحبه كذلك . وإن ماتت هى قبلهما احتمل أن يرثها المقَرّ له كما ترثه ، واحتمل ألا يُقبل إقرارها له ، كما لم تقبله فى نفسها . وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت فى حياته ، وليس لورثة كل واحد منهما الإنكار لاستحقاقها ، لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها ، وسبقه[1] بالعقد عليها ، وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة ، وإن كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له ، أو كانت لم تقر لواحد منهما ، فلها المسمى ، لأنه مقر لها به وهى لاتدعى سواه . وإن كانت مقرة للآخر فهى تدعى مهر المثل ، وهو يقر لها بالمسمى ، أو اصطلحا فلا كلام ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وبالسبق .

وأن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط ، فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة ، وهى تنكرها فلا تستحقها ، والله أعلم .

٥١٨٤ (فصــل)

وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ، ثبت النكاح وتوارثا ، وقال أبو الخطاب فى ذلك روايتان ، والصحيح أنه مقبول، لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه ، فقبل إقرارها ، كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها ، فأنكر أبوها تزويجها ، لم يقبل إنكاره ، لأن الحق على غيره ، وقد أقر به ، وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولى وشاهدين عيّنهما ، فأقرت المرأة بذلك ، وأنكر الشاهدان ، لم يلتفت إلى إنكارهما ، لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار ، ويحتمل ألا يقبل إقرارها مع إنكار أبيها ، لأن تزويجها إليه دونها . فإن ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها ، وإن مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته ، لكمال الإقرار منهما بتصديقها ، وكذلك لو أقرت المرأة دونه ، فمات قبل أن يصدقها لم ترثه ، وإن ماتت فصدقها ورثها ، لما ذكرنا[1] .

٥١٨٥ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل ﴾

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده ، فإن نكح لم ينعقد نكاحه فى قولهم جميعاً . وقال ابن المنذر : أجمعوا على أن نكاحه باطل ، والصواب ما قلنا إن شاء الله . فإنهم اختلفوا فى صحته . فمن أحمد فى ذلك روايتان . أظهرهما : أنه باطل ، وهو قول عثمان ، وابن عمر ، وبه قال شريح ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد : أنه موقوف على إجازة السيد ، فإن أجازه جاز ، وإن رده بطل ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنا : ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيُّما عبد تزوّج بغير إذن موَاليه فهو عاهِر[2] » . رواه الأثرم ، وابن ماجه . وروى الخلال بإسناده ، عن موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أيُّما عبدٍ تزوَّجَ بغيرِ إذْنِ مَوَاليه فهو زَانٍ» قال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبى عبد الله قال : هذا حديث منكر ، ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود[3] .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : لما ذكر .
(٢) العاهر والزانى بمعنى واحد .
(٣) فى المخطوطة ٢٠ : بدون شهود .

٥١٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن دخل بها فعلى سيده خمسا المهر ، كما قال عثمان رضى الله عنه ، إلا أن يجاوز الخمسان قيمته ، فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه ﴾

فى هذه المسألة خمسة فصول :

الأول : فى وجوب المهر وله حالان .

أحدهما : ألا يدخل بها ، فلامهر لها ، لأنه عقد باطل ، فلا توجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل. وهكذا سائر الأنكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئاً .

(الحال الثانى)

أن يصيبها ، فالصحيح من المذهب : أن المهر يجب ، رواه عنه جماعة . وروى عنه حنبل : أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول ، فيكون موافقاً لرواية الجماعة ، ويمكن حمله على عمومه فى عدم الصداق . وهو قول ابن عمر ، رواه الأثرم عن نافع . قال : كان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد ، وقال للمرأة : إنك أبحت فرجك ، وأبطل صداقها . ووجهه : أنه وطىء امرأة مطاوعة فى غير نكاح صحيح ، فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا . قال القاضى : هذا إذا كانا عالمين بالتحريم ، فأما إن جهلت المرأة ذلك فلها المهر . لأنه لا ينقص عن وطء الشبهة ، ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها فى الحال ، بل يجب [مهرها] فى ذمة العبد تتبع به بعد العتق ، وهو قول الشافعى الجديد ، لأن هذا حق لزمه برضى من له الحق ، فكان محله الذمة كالدين ، والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . وهذا قد استحل فرجها ، فيكون مهرها عليه ، ولأنه استوفى منافع البُضع باسم النكاح ، فكان المهر واجباً كسائر الأنكحة الفاسدة .

٥١٨٧ (الفصل الثانى)

أن المهر يتعلق برقبته ، يباع فيه ، إلا أن يفديه[1] السيد ، وقد ذكرنا احتمالا آخر : أنه يتعلق بذمة العبد ، والأول أظهر . إلا أن الوطء أجرى مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير إذن المولى ، ولذلك وجب المهر ههنا وفى سائر الأنكحة الفاسدة ، ولو لم تجر مجراها ما وجب شىء ، لأنه برضا المستحق والله أعلم .

٥١٨٨ (الفصل الثالث)

أن الواجب من المهر خمساه ، وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وعمل به أبو موسى ، وعن

(١) فى المطبوعة الثالثة : إلا بفدية السيد .

أحمد : أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر ، وإذا لم تعلم فلها المهر فى رقبة العبد ، وعنه : أن الواجب مهر المثل ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه وطء يوجب المهر ، فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء فى النكاح بلا ولى ، وفى سائر الأنكحة الفاسدة ، ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن خلاس ، أن غلاماً لأبى موسى تزوج بمولاة تيجان التيمى بغير إذن أبى موسى ، فكتب فى ذلك إلى عثمان ، فكتب إليه عثمان : أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأن المهر أحد موجبى الوطء ، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه ، أو أحد العوضين فى النكاح ، فينقص العبد كعدد المنكوحات .

٥١٨٩ (الفصل الرابع)

أنه يجب خمسا المسمى ، لأنه صار فيه إلى قصة عثمان رضى الله عنه ، وظاهرها : أنه أوجب خمسى المسمى، ولهذا قال : وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قِيَم المتلفات ، ولأوجب القيمة وهى الأثمان دون الأبعرة ، ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل ، لأنه عوض عن جناية ، فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل ، كسائر أُرُوشِ[1] الجنايات ، وقيمة المحل مهر المثل .

٥١٩٠ (الفصل الخامس)

أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة ، لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد ، بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شىء . فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة ، فلم تلزمه زيادة عليه . وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك ، لأنه أَرْشُ الجناية ، فلا يجب عليه أكثر منها ، والخيرة فى تسليم العبد وفدائه إلى السيد ، وهذا قد ذكرناه فى غير هذا الموضع بأَبْيَنَ من هذا .

٥١٩١ (فصــــــل)

إذا أذن السيد لعبده فى تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد ، والحكم فيه كما ذكرنا وإن أذن له فى تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك ، لأنه غير مأذون له فيه . وإن أذن له فى النكاح وأطلق ، فنكح نكاحاً فاسداً احتمل أن يكون كذلك ، لأن الإذن فى النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله إذنه ، لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله . وإن أذن له فى نكاح فاسد وحصلت الإصابة فيه ، فعلى سيده جميع المهر ، لأنه بإذنه والله أعلم .

٥١٩٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوج الأمة على أنها حرة وأصابها وولدت منه فالولد حر ، وعليه أن يفديهم ، والمهر

---

(١) الأروش جمع أرش بفتح فسكون ، والأرش هو المال الواجب فيما دون قتل النفس من الجنايات . انظر (تعريفات الجرجانى . ص ٩) .

المسمى ، ويرجع به على من غرّه ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء ، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق ﴾

فى هذه المسألة ستة فصول :

٥١٩٣ (أحـــــــدها)

أن النكاح لا يفسد بالغرور ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : يفسد ، لأنه عقد على حرة ولم يوجد ، فأشبه ما لو قال : بعتك هذا الفرس ، فإذا هو حمار .

ولنا : أن المعقود عليه فى النكاح الشخص دون الصفات ، فلا يؤثر عدمها فى صحته ، كما لو قال : زوجتك هذه البيضاء فإذا هى سوداء ، أو هذه الحسناء فإذا هى شوهاء ، وكذا يقول فى الأصل الذى ذكره ، أن العقد الذى ذكروه صحيح . لأن المعقود عليه العين المشار إليها ، وإن سلمناه فالفرق بينهما من وجهين . أحدهما : أنّ ثمّ فاتت الذات ، فإن ذات الفرس غير ذات الحمار ، وههنا اختلفا فى الصفات . والثانى : أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات ، بدليل أنه يرد بفوات أى شىء كان فيه نفع منها ، والنكاح بخلافه .

٥١٩٤ (الفصل الثانى)

أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه ، لأنه اعتقد حريتها ، فكان أولاده أحراراً لاعتقاده مايقتضى حريتهم ، كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها ، فبانت مغصوبة بعد أن أولدها .

٥١٩٥ (الفصل الثالث)

أن على الزوج فداء أولاده ، كذلك قضى عمر رضى الله عنه ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهما ، وهو قول مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : ليس عليه فداؤهم . لأن الولد ينعقد حر الأصل ، فلم يضمنه سيد الأمة ، لأنه لم يملكه . وعنه أنه يقال له : أفد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم . فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً ، لأنهم رقيق بحكم الأصل ، فلم يلزمه فداؤهم ، كما لو وطئها وهو يعلم رقها : وقال الخلال : اتفق عن أبى عبدالله أنه يفدى ولده ، وقال إسحق عنه فى موضع : إن الولد له ، وليس عليه أن يفديهم ، وأحسبه قولا أول لأبى عبدالله ، والصحيح أن عليه فداءهم ، لقضاء الصحابة به ، ولأنه نماء الأمة المملوكة ، فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها ، وقد فوت رقه باعتقاد الحرية ، فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله ، وفى فدائهم ثلاث مسائل .

الأولى : فى وقته .

وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهم ، وهو قول الشافعى ،

وقال أبو ثور ، والثورى ، وأصحاب الرأى : يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة ، لأنه إنما يضمنهم بالمنع ، ولم يمنعهم إلا حال الخصومة .

ولنا : أنه محكوم بحريته عند الوضع ، فوجب أن يضمنه ، لأنه فات رقه من حينئذ ، ولأن القيمة التى تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة ، فلم يضمنها كما بعد الخصومة . فإن قيل : فقد كان محكوماً بحريته وهو جنين ، قلنا : إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته ، والاطلاع عليه ، فأوجبنا ضمانه فى أول حال يمكن تضمينه ، وهو حال الوضع .

المسألة الثانية : فى صفة الفداء

وفيها ثلاث روايات :

إحداهن : بقيمتهم ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لقول النبىِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم : «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً من عَبْدٍ قُوِّمَ عليه نَصِيب شَرِيكه[1] » ، ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال ، فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه .

والثانية : يضمنهم بمثلهم عبيدا ، الذكر بذكر ، والأنثى بأنثى ، لما روى سعيد ابن المسيب قال : أبَقَتْ[2] جارية لرجل من العرب ، وانتمت إلى بعض العرب ، فتزوجها رجل من بنى عُذْرة ، ثم إن سيدها دبّ فاستاقها، واستاق ولدها ، فاختصموا إلى عمر رضى الله عنه ، فقضى للعُذْرى بفداء ولده بغرة غرة[3] مكان كل غلام ، ومكان كل جارية بجارية ، وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ، ومن لم يجد غرة[4] ستين ديناراً ، ولأن ولد المغرور حر ، فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغى أن ينظر إلى مثلهم فى الصفات تقريباً ، لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ، ويحتمل أن يجب مثلهم فى القيمة ؛ وهو قول أبى بكر ،

الثالثة : هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم : قال أحمد فى رواية الميمونى : إما القيمة أو رأس برأس

---

(١) أخرج الأئمة الستة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق شقصاً له فى عبد فخلاصه فى ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه » وروى البخارى عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل ، فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ماعتق » .الشقص . النصيب . (ف)

(٢) أبقت : أى هربت من سيدها .

(٣) الغرة من العبيد من يكون ثمنه نصف عشر الدية .

(٤) ذكر المؤلف فى باب الديات أن الغرة عبد أو أمة وقال : إن الغرة قيمتها خمس من الإبل أو خمسون دينارا(ف)

لأنهما جميعاً يرويان عن عمر ، ولـكن لا أدرى أى الإسنادين أقوى ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقال فى المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة ، أو القيمة ، وأيهما أعطى أجزأه ، ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذى يضمن بغرة ، وبين إلحاقه بغيره من المضمونات ، فاقتضى التخيير بينهما ، والصحيح : أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات ، وقول عمر قد اختلف عنه فيه . قال أحمد فى رواية أبى طالب : وعليه قيمتهم مثل قول عمر ، وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس .

المسألة الثالثة : فيمن يُضمَن منهم .

وهو من ولد حياً لوقت يعيش لمثله ، سواء عاش أو مات بعد ذلك . وقال مالك، والثورى ، وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة . وهـذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه ، فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش فى مثله ، وهو دون ستة أشهر فلا ضمان ، لأنه لا قيمة له .

٥١٩٦ (الفصل الرابع فى المهر)

ولا يخلو أن يكون ممن يجـــوز له نـكاح الإماء أولا . فإن كان ممن يجوز له نـكاح الإماء ، وقد نـكحها نـكاحا صحيحاً فلها المسمى . وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها، لأن الفسخ تعذر من جهتها فهى كالمعيبة يفسخ نـكاحها ، وإن كان ممن لا يجوز له نـكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ، ولا مهر فيه قبل الدخول ، فإن دخل بها فعليه مهرها . وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك إن كان ممن يجوز له نـكاح الإماء لـكن تزوجها بغير إذن سيـــدها ، أو نحو ذلك مما يفسد به النـــكاح .

٥١٩٧ (الفصل الخامس)

أنه يرجع بما غرمه على من غره فى المهر وقيمة الأولاد ، وهذا اختاره الخرقى ، ورواية عن أحمد . قال ابن المنذر : كذلك قضى عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وبه قال الشافعى فى القديم . والرواية الأخرى : لا يرجع بالمهر ، وهو اختيار أبى بـكر قال : وهو قول على ، وبه قال الثورى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد ، لأنه وجب عليه فى مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء ، فلم يرجع به ، كما لو اشترى مغصوبا فأكله ، بخلاف قيمة الولد ، فإنها لم تحصل فى مقابلة عوض ، لأنها وجبت بحرية الولد للولد لا لأبيه .

قال القاضى : والمذهب أنه يرجع بالمهر ، لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى حديث على ، ثم كأنى هبته ، وكأنى أميل إلى حديث عمر ، يعنى فى الرجوع ، ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد ،

فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر . قال : وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها ، كما يرجع بالمهر ، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا . وقال : إذا ثبت هذا ، فإن كان الغرور من السيد فقال : هى حرة،عتقت ، وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شىء له ، لأنه لا فائدة فى أن يجب له ما يرجع به عليه . وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه فى الحال . وإن كان من أجنبى رجع عليه أيضاً وإن كان منها فليس لها فى الحال مال، فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده ، هل يتعلق برقبته أو بذمته يُتْبَعُ به بعد العتق ؟ قال القاضى : قياس قول الخرقى أنه يتعلق بذمتها ، لأنه قال فى الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها : يتبعها به إذا عتقت ، كذا ههنا ، ويتبعها بجميعه .

وظاهر كلا أحمد : أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد ، فإنه قال : إذا جاءت الأمة فقالت : إنى حرة ، فولت أمرها رجلا فزوجها من رجل ، ثم ظهر عليها مولاها ، قال : فكاك ولده على الأب ، لأنه لم يغره أحد . وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة ، فالفداء على من غره . يروى هذا عن على ، وإبراهيم ، وحماد ، وكذلك قال الشعبى ، وإن قلنا : يتعلق برقبتها ، فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها ، أو يسلمها . فإن اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج ، فإنه لا فائدة فى أن نوجبه عليه ثم نرده إليه . وإن اختار تسليمها سلمها ، وأخذ ماوجب له .

وذكر القاضى : أن الغرور الموجب للرجوع : أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد ، فيقول : زوجتكها على أنها حرة ، فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ وهذا مذهب الشافعى . والصحيح خلاف هذا ، قال : لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ، ولم يستفصلوا . والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ، ولم تجر العادة به فى العقود ، فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنتقل ، ولأن الغرور قد يكون من المرأة ، ولا لفظ لها فى العقد ، ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن فغلب على ظنه حريتها ، فنكحها على ذلك ، ورغب فيها بناء عليه ، وأصدقها صداق الحرائر ، لزمه الغُرم ، فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار ، فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات، ثم الرجوع على من غره وأضرّ به . فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم ، وإن كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه ، والله أعلم .

٥١٩٨ (الفصل السادس)

أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء ، وهو ممن يجد الطَّول[١] أو لا يخشى العنت فإنه

(١) الطول . القدرة واليسار .

يفرق بينهما ، لأننا بينا أن النـكاح فاسد من أصله ، لعدم شرطه ، وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها ، أو اختل شرط من شروط النكاح ، فهو فاسد يفرق بينهما ، والحـكم فى الرجوع على ماذكرنا .

وإن كان ممن يجوز له نـكاح الإماء ، وكانت شرائط النـكاح مجتمعة ، فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النـكاح . وهذا معنى قول الخرقى : فرضى بالمقام معها على النـكاح . وهذا الظاهر من مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لاخيار له ، لأن الـكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة ، لأنه يملك الطلاق .

ولنا : أنه عقد غرّ فيه أحد الزوجين بحرية الآخر ، فثبت له الخيار كالآخر ، فإن الـكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً فى استرقاق ولده ، ورقّ امرأته ، وذلك أعظم من فقد الـكفاءة[1] ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر ، فإنه يسقط نصف المسمى ، والفسخ يسقط جميعه . فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضى بالمقام معها فله ذلك ، لأنه يحل له نـكاح الإماء ، وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها ، لأن المانع من رقهم فى الغرور اعتقادُ الزوج حريتها ، وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ، ثم علم قبل الوضع فهو حر ، لأنه وطئها يعتقد حريتها .

٥١٩٩ (فصـــل)

والحـكم فى المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القِنّ ، لأنهـا ناقصة بالرق ، إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حُـكْمُ أمِّه ، وكذلك من أعتق بعضها ، إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق ، لأن بقيته حر بحرية أمه ، لا باعتقاد الوطء . فإن كانت مكاتبة فـكذلك ، إلا أن مهرها لها ، لأنه من كسبها ، وكسبها لها ، وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال أبو بكر : ويـكون ذلك لها تستعين به فى كتابتها ، فإن كان الغرور منها فلا شىء لها ، إذ لا فائدة فى إيجاب شىء لها يُرْجَع به عليها . وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ، ويرجع به على من غره .

٥٢٠٠ (فصـــل)

ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ، فإن قام بذلك بينة ثبت ، وإن أقرت أنها أمة فقال أحمد فى رواية أبى الحارث : لا يستحقها بإقرارها ، وذلك لأن إقرارها يزيل النـكاح عنها ، ويثبت حقاً على غيرها ، فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها ، وقال فى رواية حنبل : لاشىء له حتى يثبت ، أو تقر هى أنها أمة ، فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها ، لأنها مقرة على نفسها بالرق ، أشبه غير الزوجة . والأول أولى ، ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق ، بعد إقرارها بالحرية ، لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى .

(١) فى المخطوطة ٢٠ . من فقدان الـكفاءة .

٥٢٠١ (فصــــل)

إذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب ، فألقت جنيناً ميتاً ، فعلى الضارب غُرة ، لأن هذا الجنين محكوم بحريته ، ويرثها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل ، وإن كان الضارب أباه لم يرثه ، وورثه أقاربه ، ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حى وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عُشْر قيمة أمه ، لأن الواطىء فوّت ذلك عليه باعتقاد الحرية ، ولولاه لوجب له ذلك .

٥٢٠٢ (فصــــل)

إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعى[1] ، لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد ، كما لو تزوج أمة على أنها حرة ، وهذا إذا كملت شروط النكاح ، وكان ذلك بإذن سيده ، وإن كانت المرأة حرة ، وقلنا : الحرية ليست من شروط الكفاءة ، أو إن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، فهو صحيح ، وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن اختارت إمضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها ، لعدم الكفاءة ، وإن كانت أمة فينبغى أن يكون لها الخيار أيضاً ، لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غُرّ من أمة ، ثبت للأمة إذا غُرّت بعبد ، وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، أو المسمى ، على ما قدمنا من الاختلاف[2] ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شىء لها ، وإن كان بعده فلها المسمى ، لأنه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق .

٥٢٠٣ (فصــــل)

فإن غرها بنسب ، فبان دونه ، وكان ذلك مخلا بالكفاءة ، وقلنا بصحة النكاح ، فلها الخيار . فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الاعتراض عليها ، وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها ، لأن ذلك ليس بمعتبر فى النكاح ، فأشبه ما لو شرطه فقيها فبان بخلافه ، وكذلك إن شرطت غير النسب ، فإن كان مما يعتبر فى الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافىء لها فى النسب ، وإن لم يعتبر فى الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك ، فلا خيار لها ، لأن ذلك مما لا يعتبر فى النكاح ، فلا يؤثر اشتراطه . وذكر فيما إذا بان نسبه دون ما ذكر وجه فى ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة ، والأولى ما ذكرناه والله أعلم .

٥٢٠٤ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ، ويفديهم إذا عتق ، ويرجع به على من غره ﴾

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وقول للشافعى

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : من الخلاف .

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال أبو حنيفة : يكون رقيقاً ، لأن أبويه رقيق، وليس ذلك بصحيح ، فإنه وطئها معتقداً حريتها ، فكان ولده حراً كولد الحر ، فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية فى محل الوفاق ، ولولا ذلك لكان رقيقاً ، فإن علة رق الولد رق الأم خاصة ، ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر من الأمة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم ، لأنه فوّت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له فى الحال ، فيخرج فى ذلك وجهان .

أحدهما : يتعلق برقبته بمنزلة جنايته .

والثانى : بذمته يتبع به بعد العتق ، بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيدها . ويفارق الاستدانة والجناية ، ولأنه إذا استدان أتلف مال الغريم ، فكان جناية منه ، وههنا لم يجن فى الأولاد جناية ، وإنما عتقوا من طريق الحكم ، وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك فى ذمته يتبع به بعد العتق ، ويرجع به حين يغرمه ، فإنه لا ينبغى أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتتعجل فى الحال ، وإن قلنا إن الفداء يتعلق برقبته وجب فى الحال ويرجع به سيده فى الحال ، ويثبت للعبد الخيار إذا علم ، كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الإماء ، لأن عليه ضرراً فى رق ولده ، ونقصاً فى استمتاعه ، فإنها لا تبيت معه ليلا ونهاراً ، ولم يرض به . ويحتمل ألا يثبت له خيار ، لأنه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته ، فأشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه ، لأنها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر .

وقال بعض الشافعية : لا خيار له قولا واحداً . وقال بعضهم : فيه قولان ، والأولى ماذكرناه . وإذا اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد ، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب عليه ، وفى الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى ، وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد ، فإن دخل بها ففى قدر ما يجب عليه وجهان . أحدهما : مهر المثل . والثانى : الخمسان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين .

٥٢٠٥ (فصــــل)

فإن شرط أنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار ، لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد ، فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة .

٥٢٠٦ (فصــــل)

فإن شرطها بكرا فبانت ثيباً فمن أحمد كلام يحتمل أمرين أحدهما : لا خيار له لأن النكاح لايرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب ، فلا يرد منه بمخالفة الشرط . والثانى : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصودة

فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية . وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه ، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء ، أو شرطها طويلة فبانت قصيرة ، أو حسناء فبانت شوهاء ، خرج فى ذلك كله وجهان ، ونحو هذا مذهب الشافعى .

وقال أبو ثور : القياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف ، وإن كان إجماعاً . فالإجماع أولى من النظر . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أبا ثور على مقالته ، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثورى ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق . وأصحاب الرأى .

وروى الزهرى : أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء ، كانت الحيضة خرقت عذرتها ، فأرسلت إليه عائشة : إن الحيضة تذهب العذرة يقيناً . وعن الحسن والشعبى وإبراهيم فى الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء : ليس عليه شىء ، العذرة تذهبها الوثبة ، وكثرة الحيض ، والتعميش ، والحمل الثقيل ، والله أعلم .

٥٢٠٧ (فصل)

وإذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة ، أو يظنها مسلمة فبانت كافرة ، أو تزوجت عبداً تظنه حراً ، فلهم الخيار كما لو شرط ذلك ، نص عليه أحمد فى امرأة تزوجت عبداً تظنه حراً فلها الخيار . وقال الشافعى فى الأمة : لا خيار له ، وفى الكافرة : له الخيار ، وقال بعضهم : فيهما جميعاً قولان .

ولنا : أن بعض الرق أعظم ضرراً ، فإنه يؤثر فى رق ولده ، ويمنع كمال استمتاعه ، فكان له الخيار كما لو كانت كافرة .

٥٢٠٨ (فصل)

وإن شرطها أمة فبانت حرة ، أو ذات نسب فبانت أشرف منه ، أو على صفة دنيئة فبانت خيراً من شرطه ، أو كافرة فبانت مسلمة ، فلا خيار له فى ذلك ، لأنه زيادة . وقال أبو بكر : له الخيار إذا بانت مسلمة ، لأنه قد يكون له غرض فى عدم وجوب العبادات ، والأول أولى .

٥٢٠٩ (فصل)

وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه ، وإن فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر فلا شىء عليه أيضاً ، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ، ثم يرجع به على الغارّ ، فإن كان التغرير من أوليائها رجع عليهم ، وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده ، لأنه الغارّ ، واحتمل أن يرجع على جميعهم ، لأن حقوق الآدميين فى العمد والسهو سواء .

٥٢١٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين ، فقد ثبت العتق والنكاح ، وإذا قال : أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم القولُ العتقَ أو تأخر ، إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ﴾

في هذه المسألة خمسة[1] فصول

٥٢١١ (الفصل الأول)

أن ظاهر المذهب : أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح ، نص عليه أحمد في رواية جماعة . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وفعله أنس بن مالك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، والحسن ، والزهري وإسحاق . وقال الأوزاعي : يلزمها أن تتزوجه ، وروى المروزي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه . وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح. وقال أبو الخطاب : هي الصحيحة، واختارها القاضي ، وابن عقيل . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك والشافعي ، لأنه لم يوجد إيجاب وقبول ، فلم يصح لعدم أركانه ، كما لو قال : أعتقتك وسكت ، ولأنها بالعتق تملك نفسها ، فيجب أن يعتبر رضاها، كما لو فصل بينهما ، ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك ، فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى ، فإنه لو قال : بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح .

ولنا:ماروى أنس«أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ،وجعل عتقها صداقها»، متفق عليه ، وفي لفظ «أعتقها وتزوجها» فقلت : ياأبا حمزة ، ما أصدقها ؟ قال نفسها. عتقها ،وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت : أعتقني رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل عتقي صداقي . وبإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك، ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح ، لأن الصداق لا يتقدم النكاح ، ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز ، فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ، ولأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استأنف عقداً ، ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام ، وقولهم : لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير ، فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته ، وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه ، وهو جعل العتق صداقا ، فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ، وكما لو قال[2] الخاطب للولي : أزوجت ؟ فقال : نعم ، وقال للزوج : أقبلت ؟ قال : نعم ، عند أصحابنا. وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه .

---

(١) في المطبوعة : خمس فصول (٢) في المخطوطة ٢٠ : وكما إذا قال .

٥٢١٢ (الفصل الثانى)

أن النكاح ينعقد بقوله : أعتقتك ، وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك ، وبذلك خالياً عن قوله : وتزوّجتك، وهذا لفظ الخرقى، وهو الذى جاء فى حديث أنس ، وبقوله : جعلت عتقك صداقك ، وجعلت صداقك عتقك ، وهذا معنى قول الخرقى ، سواء تقدم العتق أو تأخر ، ونص أحمد على هذا فى رواية صالح إذا قال : جعلت عتقك صداقك ، أو صداقك عتقك كل ذلك جائز .

٥٢١٣ (الفصل الثالث)

ألا يكون بينهما فصل ، ولو قال : أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه، أو تكلم بكلام أجنبى ثم قال : جعلت عتقك صداقك ، لم يصح النكاح، لأنها صارت بالعتق حرة ، فيحتاج إلى تزويجها برضاها ، بصداق جديد .

٥٢١٤ (الفصل الرابع)

أنه لابد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة فى النكاح . نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وذلك لقوله : «لاَ نِكَاحَ إلا بوَلِيٍّ وشَاهِدَيْنِ ».

٥٢١٥ (الفصل الخامس)

أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع فى نصف مافرض لها ، وقد فرض لها نفسها ، ولا سبيل إلى الرجوع فى الرق بعد زواله ، فرجع بنصف قيمة نفسها . وبهذا قال الحسن ، والحكم . وقال الأوزاعى : يرجع بربع قيمتها .

ولنا : أنه طلاق قبل الدخول ، فأوجب الرجوع فى النصف كسائر الطلاق ، وتعتبر القيمة حالة الإعتاق ، لأنها حالة الإتلاف ، فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تُسْتَسْعَى فيها ، أو تكون ديناً تنظر به إلى حال القدرة ؟ على روايتين، وإن قلنا: إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها، لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له[1] ، فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد ، وكذلك إن قلنا : إن النكاح انعقد به فارتدت قبل الدخول ، أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها ، مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ، ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

٥٢١٦ (فصل)

وإن قال لأمته : أعتقتك على أن تزوجينى نفسك ، ويكون عتقُكِ صداقَكِ، أو لم يقل : ويكون عتقك صداقك فقبلت ، عتقت ، ولم يلزمها أن تزوجه نفسها ، لأنه سلف فى نكاح فلم يلزمها ، كما لو أسلف حرةً

(١) فى المخطوطة ١٨ : لم يسلم إليه .

ألفاً على أن يتزوجها ، ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه[1] فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ، ويلزمها قيمة نفسها . أومأ إليه أحمد فى رواية عبد الله . وهو مذهب الشافعى ، لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له ، فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة فى يد المشترى ، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول . ويحتمل ألا يلزمها شىء ، بناء على ما إذا قال لعبده : أعتقتك على أن تعطينى ألفاً . وهذا قول مالك ، وزفر ، لأن هذا ليس بلفظ شرط ، فأشبه ما لو قال : أعتقتك وزوجينى نفسك . وتعتبر القيمة حالة العتق ، ويطالبها بها فى الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تُنْظَر إلى الميسرة ، أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين ، أصلهما فى المفلس : هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين .

٥٢١٧ (فصـــل)

وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها ، فتزوجها على ذلك صح ، ولا مهر لها غير ما شرط [لها] من العتق ، وبه قال أبو يوسف . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يكون العتق صداقاً ، لكن إن تزوجها على القيمة التى له فى ذمتها[2] وهما يعلمان القيمة صح الصداق .

ولنا أن العتق صلح صداقاً فى حق النبى صلى الله عليه وسلم ، فيجوز فى حق أمته كالدراهم ، ولأنه يصلح عوضاً فى البيع ، فإنه لو قال : أعتق عبدك على ألف جاز ، فلأن يكون عوضاً فى النكاح أولى ، فإن النكاح لا يقصد فيه العوض ، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح ، نص عليه أحمد فى رواية عبد الله.

إذا ثبت هـذا : فإن العتق يصير صداقاً ، كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه ، فإن بذلت له نفسها ليتزوجها ، فامتنع لم يجبر ، وكانت له القيمة ، لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها . وحكم المدبرة والمعتقة بصفة ، وأم الولد حكم الأمة القن فى جميع ما ذكرناه .

٥٢١٨ (فصـــل)

فإذا أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ، ولا شىء عليه ، لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به ، فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك ، كما لو اشترطت عليه أن تملّكه داراً . ولو أراد العبد تزوّجها لم تجبر ، لأن الشرط لها ، فلا يوجب عليها ، كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك .

٥٢١٩ (فصـــل)

ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها ، سواء أعتقها لوجه الله تعالى ، أو أعتقها ليتزوجها . وكره

(١) فى المخطوطة ١٨ : قبل وجود السبب .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : التى تعلقت بذمتها له .

أنس تزويج من أعتقها لله تعالى ، قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : روى شعبة عن قتادة عن أنس : أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها ؟ فقال : نعم ، إذا أعتقها لله كره أن يرجع فى شيء منها .

ولنا : ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ كانتْ عندَه جاريةٌ فعلَّمها وأحسنَ إليها ثمَّ أعتقَها وتزوَّجَها فذلكَ لَهُ أجْرَان » . متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفافها . وصيانتها ، فلم يُكره ، كما لو زوجها غيره ، وليس فى هذا رجوع فيما جعل لله ، فإنه إنما يتزوجها بصداقها ، فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

٥٢٢٠ (فصـــل)

وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى استبراء ، سواء كان يطؤها أو لم يكن ، لأن الاستبراء لصيانة الماء ، ولا يصان ذلك عنه . فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا [أن] يزوِّجها حتى يستبرئها ، لأنه كان واجباً فلا يسقط بإعتاقه لها ، قال أحمد فى الرجل تكون له الأمة[1] لا يطؤها فيعتقها : لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها ، فإن كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ، ومتى شاء ، لأنها فى مائه ، قال القاضى : معنى قوله : إن كان يطؤها : أن يحل له وطؤها ، وهى التى قد استبرأها.

وقوله : إن كان لا يطؤها ، أى لا يحل له وطؤها ، وهى التى لم يمض عليها زمان الاستبراء ، فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها . وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ، ولا يلزمها استئناف الاستبراء ، لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق ، فيحسب ابتداؤه من حين وُجد سببه .

٥٢٢١ (فصـــل)

وإن قال : أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتى ، فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته ، لأنه سلف فى النكاح ، وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يلزمه شيء ، لأنه لا فائدة له فى العتق .

ولنا : أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه ، فلزمه عوضه ، كما لو قال : أعتق عبدك عنى ، وعلى ثمنه . وكما لو قال : طلق زوجتك وعلى ألف ، فطلقها ، أو قال : ألق متاعك فى البحر وعلى ثمنه ، وبهذه الأصول يبطل قولهم : إنه لا فائدة له فى العتق .

٥٢٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال الخاطب للولى : أزوجت ؟ فقال : نعم ، وقال للزوج : أقبلت ؟ فقال : نعم ، فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان ﴾

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : تكون له أمة .

وقال الشافعى : لا ينعقد حتى يقول معه : زوجتك ابنتى ، ويقول الزوج : قبلت هذا التزويج ، لأن هذين ركنا العقد ، ولا ينعقد بدونهما .

ولنا : أن نعم جواب لقوله : أزوجت وقبلت ؟ والسؤال يكون مضمراً فى الجواب معاداً فيه ، فيكون معنى نعم من الولى : زوجته ابنتى ، ومعنى نعم من المتزوج[1] : قبلت هذا التزويج ، ولا احتمال فيه ، فيجب أن ينعقد به ، ولذلك لما قال الله تعالى : « هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا ؟ قَالُوا نَعَمْ »[2] . كان إقراراً منهم بوجدان ذلك . أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ، ولو قيل لرجل : لى عليك ألف درهم ، فقال : نعم ، كان إقراراً صحيحاً لا يفتقر إلى نية ، ولا يرجع فى ذلك إلى تفسيره ، وبمثله تقطع اليد فى السرقة ، فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك .

٥٢٢٣ (فصــــل)

ولو قال : زوجتك ابنتى ، فقال : قبلت ، انعقد النكاح ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا ينعقد حتى يقول : قبلت هذا النكاح ، أو هذا التزويج ، لأنه كناية فى النكاح يفتقر إلى النية والإضمار ، فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع .

ولنا : أن القبول صريح فى الجواب فانعقد به ، كما ينعقد به البيع وسائر العقود . وقولهم : يفتقر إلى النية ممنوع ، فإنه جواب ، فلا ينصرف إلا إلى المذكور .

٥٢٢٤ (فصــــل)

وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعاً ، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب فى قوله سبحانه : « زَوَّجْنَاكَهَا »[3] . وقوله سبحانه : « وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ »[4] . وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا ، مثل أن يقول : زوجتك بنتى هذه . فيقول : قبلت هذا النكاح ، أو هذا التزوج . ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعه ، والشافعى . وقال الثورى ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود : ينعقد بلفظ الهبة ، والصدقة ، والبيع ، والتمليك . وفى لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان . وقال مالك : ينعقد بذلك إذا ذكر المهر ، واحتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال : « قَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . رواه البخارى ، ولأنه لفظ ينعقد به تزويج

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : من الزوج .
(٢) سورة الأعراف آية ٤٤ .
(٣) سورة الأحزاب آية ٣٧ .
(٤) سورة النساء آية ٢٢ .

النبي صلى الله عليه وسلم ، فانعقد به نكاح أمته ، كلفظ الإنكاح والتزويج ، ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه، فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات .

ولنا : قوله تعالى : « وامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ(١) » فذكر ذلك خالصاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح ، فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال ، ولأنه ليس بصريح فى النكاح فلا ينعقد به كالذى ذكرنا .

وهذا لأن الشهادة شرط فى النكاح ، والكناية إنما تعلم بالنية ، ولا يمكن الشهادة على النية ، لعدم اطلاعهم عليها ، فيجب ألا ينعقد . وبهذا فارق بقية العقود والطلاق ، وأما الخبر فقد روى : زوجتكها وأنكحتكها ، وزوجناكها ، من طرق صحيحة ، والقصة واحدة ، والظاهر أن الراوى روى بالمعنى(٢) ظناً منه أن معناها واحد ، فلا تكون حجة ، وإن كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه ، لأن النكاح انعقد بأحدها ، والباقى فضلة .

٥٢٢٥ (فصـــل)

ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وعند أبى حنيفة : ينعقد ، لأنه أتى بلفظه الخاص ، فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية .

ولنا : أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال . فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه ، لأنه عاجز عما سواه ، فسقط عنه كالأخرس ، ويحتاج أن يأتى بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربى ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها . وقال أبو الخطاب : عليه أن يتعلم ، لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ، ووجه الأول : أن النكاح غير واجب ، فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع ، بخلاف التكبير . فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذى يحسن العربية بها ، والآخر يأتى بلسانه ، فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التى أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً .

٥٢٢٦ (فصـــل)

فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها ، لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة ، فصح

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠ (٢) فى المخطوطة ١٨ : رواها بالمعنى

بإشارته كبيعه وطلاقه ولعانه . وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، لأن النكاح عقد بين شخصين ، ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبُه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً ، لأن الشهادة شرط ، ولا يصح على مالا يفهم ، . قال أحمد : لايزوجه وليه ، يعنى إذا كان بالغاً ، لأن الخرس لا يوجب الحجر ، فهو كالصمم .

٥٢٢٧ (فصـــل)

إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة ، سواء كان بلفظ الماضى ، مثل أن يقول : تزوجت ابنتك ، فيقول زوجتك ، أو بلفظ الطلب كقوله : زوجنى ابنتك ، فيقول زوجتكها . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : يصح فيهما جميعاً ، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول ، فيصح كما لو تقدم الإيجاب .

ولنا : أن القبول إنما يكون للايجاب ، فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه ، فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام ، ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح ، فإذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال : قبلت هذا النكاح ، فقال الولى : زوجتك ابنتى ، لم يصح ، ولأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى . وأما البيع فلايشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول ، بل يصح بالمعاطاة، ولأنه لا يتعين فيه لفظ ، بل يصح بأى لفظ كان ، مما يؤدى المعنى ، ولا يلزم الخلع ، لأنه يصح تعليقه على الشروط .

٥٢٢٨ (فصـــل)

وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئةً صح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ وَجِدُّهُنَّ جِدٌّ : الطَّلاقُ وَالنِّكَاحُ والرَّجْعَة » . رواه الترمذى . وعن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ نَكَحَ لَا عِباً أَوْ طَلَّقَ لَا عِباً أَوْ أَعْتَقَ لَا عِباً جَازَ[1] » . قال عمر : أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق ، والنكاح ، والعتاق ، والنذر : وقال على : أربع لا لعب فيهن : الطلاق ، والعتاق ، والنكاح ، والنذر[2] .

٥٢٢٩ (فصـــل)

وإذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما فى المجلس ، ولم يتشاغلا عنه بغيره ، لأن حكم المجلس

---

(١) أخرج عبد الرزاق عن أبى ذر مرفوعا « من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، وأعتق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن نكح وهو لا عب فنكاحه جائز، وسنده منقطع (ف)

(٢) ماروى موقوفا عن عمر وعلى فهو عند عبد الرزاق أيضا (ف)

حكم حالة العقد ، بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه ، وثبوت الخيار فى عقود المعاوضات . فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب ، فإنه لا يوجد معناه ، فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق ، فلا يكون قبولا ، وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه ، لأنه معرض عن العقد أيضاً بالاشتغال عن قبوله . وقد نقل أبو طالب عن أحمد فى رجل مشى إليه قوم فقالوا له : زوج فلاناً ، قال : قد زوجته على ألف ، فرجعوا إلى الزوج فأخبروه ، فقال : قد قبلت ، هل يكون هذا نكاحا ؟ قال : نعم . قال القاضى : هذا محمول على أنه وكّل من قبل العقد فى المجلس . وقال أبو بكر : مسألة أبى طالب تتوجه على قولين، واختار أنه لا بد من القبول فى المجلس ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

٥٢٣٠ (فصـــــل)

فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب،ولم ينعقد بالقبول بعده ، وما لم يضامّه القبول لم يكن عقداً ، فبطل بزوال العقل كالعقود تبطل بالموت والجنون . وهذا مذهب الشافعى . وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب ، لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا .

٥٢٣١ (فصـــــل)

ولا يثبت فى النكاح خيار . وسواء فى ذلك خيار المجلس وخيار الشرط . ولا نعلم أحداً خالف فى هذا ، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه ، فإنه لا يقع فى الغالب إلا بعد تروّ وفكر ، ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه ، والمعرفة بحاله ، بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من غير فكر ولا روية ، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ، ويصح من غير تسمية العوض ، ومع فساده ، ولأن ثبوت الخيار يفضى إلى فسخه بعد ابتذال المرأة ، فإن فى فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة ، ولذلك أوجب الطلاقُ قبل الدخول نصف الصداق .

٥٢٣٢ (فصـــــل)

ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ، ثم يكون العقد بعده، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لاَ يَبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدُ لله فَهُوَ أَقْطَع » وقال : « كُلُّ خِطْبَةٍ لَيْسَ فِيها شَهَادَةٌ فَهِيَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاء » رواهما ابن المنذر ، ويجزىء من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم والمستحب أن يخطب بخطبة عبدالله بن مسعود ، التى قال : علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد فى فى الصلاة ، والتشهد فى الحاجة .

قال: التشهد فى الحاجة، أن الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهده الله

فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً عبده ورسوله ، ويقرأ ثلاث آيات « اتقُوا الله حَقَّ تُقَاتِه وَلا تَمُوتنّ إلاَّ وأنْتمْ مُسْلِمون[١] » « واتَّقوا الله الذى تَسَاءلُونَ بِهِ والأرْحَام إنّ الله كان عَلَيْكُمْ رَقِيباً[٢] »«اتقوا اللهَ وَقولُوا قَولاً سَدِيدا يُصْلِحَ لَكُمْ أعْمالَكُمْ[٣] » الآية رواه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن ، قال الخلال : حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس . قال : كان الإمام أحمد بن حنبل: إذا حضر عقد نكاح فلم يُخْطَب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم . وهذا كان من أبي عبدالله من المبالغة فى استحبابها ، لا على الإيجاب[٤] . فإنّ حرب بن اسماعيل قال : قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود ؟ فوسع فى ذلك . وقد روى عن عمر أنه إذا كان دعى ليزوج قال : لا تعصفوا[٥] علينا الناس : الحمد لله ، وصلى الله على محمد ، إن فلانا يخطب إليكم ، فإن أنكحتموه فالحمد لله ، وإن رددتموه فسبحان الله. والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولى أو الزوج أو غيرهما وقال الشافعى : المسنون خطبتان هذه التى ذكرناها فى أوله ، وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة ، وهو أولى ما اتبع .

٥٢٣٣ (فصــــل)

والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود ، فإنه أوجبها لما ذكرناه .

ولنا : أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم ، يارسول الله ، زوجنيها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زَوَجْتُكَهَا بِمَامَعَكَ مِنْ القُرْآن». متفق عليه ، ولم يذكر خطبة ، وخطب إلى عمر مولاة له، فما زاد على أن قال : أنكحناك على ما أمر الله ، على إمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان ، وقال جعفر ابن محمد عن أبيه : إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق[٦] ، رواهما ابن المنذر ، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بنى سُلَيم ، قال : خطبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أُمامة بنت عبد المطلب ، فأنكحنى من غير أن يتشهد ، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع، وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة ، لا على الوجوب .

٣٢٣٤ (فصــــل)

ويستحب إعلان النكاح ، والضرب وفيه بالدف ، قال أحمد : يستحب أن يظهر النكاح ، ويضرب

---

(١) سورة آل عمران آية ١٠٢
(٢) سورة النساء آية ١
(٣) سورة الأحزاب آية ٧٠و٧١
(٤) المخطوطة ٢٠ : لا على أنها واجبة
(٥)لا تعصفوا :أى لا تثيروا
(٦) سبق تعريفه

فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف ، وقيل له : ما الدف ؟ قال : هذا[١] ، الدف ،قال : لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار :

أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ * فَحَيُّونَا نُحَيِّيكُمْ لولا الذهب الأحمر * ماحلت بواديكم

ولو الحنطة السوداء * ماسرت عذاريكم ولولا الحنطة الحمراء * ماسمنت عذاريكم[٢]

لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه

وقال أحمد أيضاً : يستحب ضرب الدف ، والصوت في الإملاك فقيل له ماالصوت ؟ قال : يتكلم ويتحدث ، ويظهر ، والأصل في هذا ماوري محمد بن حاطب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فَصْلُ ما بَيْنَ الحَلاَلِ والحَرَام الصَّوت والدُّف فِي النكاح » . رواه النسائي.وقال عليه السلام:« أَعْلِنُوا النكاح » وفي لفظ : « أظهروا النكاح » ، وكان يحب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ « واضْرِبوا عَلَيْهِ بِالغِرْبال » [٣]

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الأنصار ، وكانت عائشة فيمن أهداها زوجها ، قالت : فلما رجعنا قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما قُلْتُمْ يا عائشه ؟ » قالت : سلمنا ، ودعونا بالبركة ، ثم انصرفنا فقال : «إن الأنصار قوم فيهم غَزَل، ألا قلتم ياعائشة أتينا كم أتيناكم.فحيانا وحياكم ؟» . روى هذا كله أبو عبدالله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله: لابأس بالدف في العرس ، والختان، وأكره الطبل، وهو المنكر ، وهو الكوبة التي نهى النبي صلى الله عليه وسلم .

٥٢٣٥ (فصـــــل)

فإن عقده بولي وشاهدين فأسروه وتواصوا بكتمانه كره ذلك ، وصح النكاح ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر.وممن كره نكاح السرعمر رضي الله عنه ، وعروة ، وعبد الله بن عبيدالله بن عتبة، والشعبي ، ونافع مولى ابن عمر[٤] . وقال أبو بكر عبد العزيز : النكاح باطل ، لأن أحمد قال : إذا تزوج بولي وشاهدين : لا حتى يعلنه . وهذا مذهب مالك ، والحجة لها ما تقدم في الفصل الذي قبل هذا .

---

(١) الدف على شكل الغربال إلا أنه لا خروق فيه وهو مدور جلد من رق أبيض ناعم لاسلاسل في عرضه(ف)

(٢) في فتح الباري ج٩ ص ١٨٥ .

فحيانا وحياكم ولولا الحنطة السوداء(ف)

(٣) عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :« أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال».رواه ابن ماجه ج١ ص٥٨٦ (ف)

(٤) في المخطوطة ٢٠ : مولى ابن عمرو ، وهو خطأ إذ أنه مجهول ولم يرو له شيء من قبل

ولنا : قوله : « لا نـكاح إلاَّ بولِيّ » ، مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الإظهار ، ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع ، وأخبار الإعلان يراد بها الاستحباب ، بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت ، وليس ذلك بواجب ، فـكذلك ما عطف عليه . وقول أحمد : لا . نهى كراهة ، فإنه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ، ولأن إعلان النـكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون فى الغالب بعد عقده ، ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط .

٥٢٣٦ (فصـــــل)

ويستحب عقد النـكاح يوم الجمعة ، لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك ، منهم سمرة بن حبيب ، وراشد بن سعيد ، وحبيب بن عتبة ، ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام .[١] والمساية أولى ، بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبى هريرة رضى الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَسُّوا بِالإِمْلَاكِ فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَة » ، ولأنه أقرب إلى مقصوده ، وأقل لانتظاره .

٥٢٣٧ (فصـــــل)

ويستحب أن يقال للمتزوج ، بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما فى خير وعافية . وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال : « مَا هَذَا » ؟ فقال : إنى تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال : « بَارَكَ اللهُ لَكَ ، أَوْ لِمْ وَلَوْ بِشَاة » . متفق عليه . قال بعض أهل العلم : وزن النواة خمسة دراهم ، وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد : الصواب عند أهل العلم بالعربية أن يقال : على نواة فحسب ، فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم ، كما أن الأوقية أربعون درهما ، والنش عشرون ، والله أعلم .

٥٢٣٨ (فصـــــل)

ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ماروى صالح بن أحمد فى مسألةعن أبيه ، حدثنا داود عن أبى نضرة ، عن أبى سعيد مولى أبى أسيد ، قال : « تزوج فحضره عبد الله بن مسعود ، وأبو ذر ، وحذيفة ، وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ، ثم قالوا له : إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ، ثم خذ برأس أهلك فقل : اللهم بارك لى فى أهلى ، وبارك لأهلى فىّ ، وارزقهم منى ، وارزقنى منهم ، ثم شأنك وشأن أهلك » وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب ،

(١) أخرج مسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة فيه خلق الله آدم » (ف) .

عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « إذا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمُ امْرَأَةً أو اشترى خَادِمًا فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَإِذَا اشْتَرَى بَعِيراً فَلْيَأْخُذْ بِذِرْوَةِ سَنَامِهِ وَلْيَقُلْ مِثْلَ ذَلِكَ »

٥٢٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات ﴾ .

أجمع أهل العلم على هذا ، ولا نعلم أحداً خالفه إلا شيئاً يحكى عن بن القاسم بن إبراهيم ، أنه أباح تسعاً ، لقول الله تعالى : « فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ [1] » . والواو للجمع ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع ، وهذا ليس بشيء ، لأنه خرق للإجماع ، وترك للسنة ، فإن رسول الله صلى عليه وسلم قال لغَيلان بن سلمة حين أسلم ، وتحته عشر نسوة : « أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وقال نوفل بن معاوية : أسلمت وتحتي خمس نسوة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . رواهما الشافعي في مسنده ، وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع ، فالابتداء أولى ، فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع ، كما قال « أُولِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ [2] » : ولم يرد أن لكل مَلَك تسعة أجنحة ، ولو أراد ذلك لقال : تسعة ، ولم يكن للتطويل معنى ، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي صلى الله عليه وسلم فمخصوص بذلك ، ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر [3] .

٥٢٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين ﴾

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين ، واختلفوا في إباحه الأربع ، فمذهب أحمد : أنه لا يباح له إلا اثنتان ، وهذا قول عمر رضي الله عنه ، وعلي ، وعبد الرحمن ابن عوف ، رضي الله عنهما . وبه قال عطاء ، والحسن ، والشعبي ، وقتادة ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاسم بن محمد ، وسالم

---

(١) سورة النساء آية ٣ (٢) سورة فاطر آية ١

(٣) انظر سير أعلام النبلاء للذهبي ج ١ في الحديث عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم

(٤) روى البخاري عن أنس ج ١ ص ٧٦ كان النبي صلى الله عليه وسلم يدور على نسائه في الساعة الواحدة من الليل والنهار وهن إحدى عشرة . قال في الفتح ج ١ ص ٣٠ لم يجتمع لدى النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من تسع زوجات ولكن تحمل هذه الرواية على أنه ضم إليهن مارية وريحانة وهي من سبي قريظة . وأطلق عليهن لفظ نسائه تغليبا (ف) .

ابن عبدالله ، وطاوس ، ومجاهد ، والزهرى ، وربيعة ، ومالك ، وأبو ثور ، وداود : له نكاح أربع ، لعموم الآية ، ولأن هذه طريقه للذة والشهوة ، فساوى العبد الحر فيه كالمأكول .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم ، فكان إجماعا ، وقد روى ليث بن أبى سليم عن الحكم بن قتيبة قال : «أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين » . ويقوى هذا ماروى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين ، أن عمر رضى الله عنه سأل الناس : كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن ابن عوف : باثنتين ، وطلاقه باثنتين ، فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم ، فلم ينكر ، وهذا يخصص عموم الآية ، على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار ، وهو قوله : « أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ[1] » ويفارق النكاحُ المأكولَ ، فإنه مبنى على التفضل ، ولهذا فارق النبى صلى الله عليه وسلم فيه أمته ، ولأن فيه ملكا ، والعبد ينقص فى الملك عن الحر .

٥٢٤١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وله أن يتسرى[2] بإذن سيده ﴾

هذا هو المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، والشعبى ، والنخعى والزهرى ، ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبى ثور ، وكره ذلك ابن سيرين ، وحماد بن أبى سليمان، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وللشافعى قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولا ؟ وقال القاضى أبو يعلى : يجب أن يكون فى مذهب أحمد فى تسرى العبد وجهان مبنيان على الروايتين فى ثبوت الملك له بتمليك سيده ، واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ، ولا يجوز الوطء إلا فى نكاح أو ملك يمين ، لقول الله تعالى : «إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُم فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ » [3]

ولنا : قول ابن عمر وابن عباس ، ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفاً . روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر، أنه كان لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ، ونحوه عن ابن عباس ، ولأن العبد يملك النكاح فملك التسرى كالحر ، وقولهم : إن العبد لا يملك المال ممنوع ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «مَنِ اشْتَرَى عَبْداً وَلَهُ مَالٌ » فجعل المال له ، ولأنه آدمى فملك المال كالحر ، وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك ، إذ كان الله تعالى خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف، وأداء العبادات قال الله تعالى:

(١) سورة النساء آية ٣ (٢) من التسرى ، وهو اتخاذ الأمة وإعدادها لأن تكون موطوءة بلاعزل انظر (تعريفات الجرجانى ص ٣٩) .

(٣) سورة المؤمنون آية ٦ ، ٧

« هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُم مَافِى الْأَرْضِ جَمِيعاً[١] » والعبد داخل فى العموم ، ومن أهل التكليف والعبادات ، فيكون أهلا للملك ، ولذلك ملك فى النكاح . وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لاحياة فيها باعتبار مآله إلى الآدمية فالعبد الذى هو آدمى مكلف أولى .

إذا ثبت هذا : فلا يجوز له التسرى إلا بإذن سيده ، ولو ملّكه سيده جارية لم يبَحْ له وطؤها حتى يأذن له فيه . لأن ملكه ناقص ، ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد ، فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده ، فإن أذن له فقال : تَسَرَّ بها ، أو أذنت لك فى وطئها ، أو مادل عليه أبيح له . وما ولد له من التسرى فحكمه حكم ملكه ، لأن الجارية مملوكة له ، فكذلك ولدها ، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده .

٥٢٤٢ (فصـــــل)

وله التسرى بما شاء إذا أذن له السيد فى ذلك ، نص عليه أحمد ، لأن من جاز له التسرى جاز من غير حصر كالحر ، فإن أذن له وأطلق التسرى تسرى بواحدة ، وكذلك إذا أذن له فى التزويج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة ، وبهذا قال أصحاب الرأى : وأبوثور ، وإذا أذن له فى التزويج فعقد على اثنتين فى عقد جاز .

ولنا : أن الإذن المطلق يتناول أقل مايقع عليه الاسم يقينا ، وما زاد مشكوك فيه ، فيبقى على الأصل، كما لو أذن له فى طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة ، ولأن الزائد على الواحدة[٢] يحتمل أن يكون غير مراد ، فيبقى على أصل التحريم ، كما لوشك هل أذن له أولا ؟ .

٥٢٤٣ (فصـــــل)

والمكاتب كالعبد القن لايتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده ، لأن فى ذلك إتلافا للمال الذى فى يديه ، وقد قال عليه السلام : «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَم[٣]» . وأما المعتق بعضه فإذا ملك بجزئه الحر جارية فملكه تام ، وله الوطء ، بغير إذن سيده ، لقوله سبحانه : «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ[٤]» ، ولأن ملكه عليها تام، له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده ، فكذلك الوطء ، وما فيه من الرق لا يمنعه[٥] من استيفاء ما يملكه ، كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر . وقال القاضى : حكمه حكم القن ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٩ (٢) فى مخطوطة ١٨ على واحدة .
(٣) أخرجه أبو داود من رواية عمرو بن شعيب (ن)
(٤) سورة النساء آية ٣
(٥) فى المخطوطة ٢٠ . لايمنع .

وهو منصوص الشافعى ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده ، ولذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده .

ولنا : أنه لا حق لسيده فيها ، ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها ، فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها . وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته ، فاعتبر رضى السيد ، ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه ، بخلاف مسألتنا . فإن الحق له لا عليه ، فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد [من] التسرى ، لأنه كالقن فى قولهم .

٥٢٤٤ (فصـــل)

نقل محمد بن ماهان عن أحمد : لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده ، فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى ، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ ، ويعقوب بن بختان ، ولم أر عنه خلاف هذا ، فظاهر هذا : أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع ، لأنه يملك به البضع ، فلم يملك سيده فسخه قياساً على النكاح .

وقال القاضى : يحتمل أنه أراد بالتسرى ههنا التزويج ، وسماه تسريا مجازاً ، ويكون للسيد الرجوع فيما ملّك عبده ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا ، وذلك لأنه ملّكه بضعاً أبيح له وطؤه ، فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه .

٥٢٤٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها ، وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضى عدتها ، وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد ، وتحرم عليه أختها ، وعمتها ، وخالتها ، وبنت أخيها ، وبنت أختها ، تحريم جمع . وكذلك إن تزوج الحرُّ أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع . وإن تزوج العبد اثنين حرمت الثالثة تحريم جمع . فإذا طلق زوجته طلاقا رجعياً فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعاً . وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند إمامنا حتى تنقضى عدتها ، وروى ذلك عن على ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ومجاهد ، والنخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وقال القاسم بن محمد ، وعروة ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وابن المنذر : له نكاح جميع من سمينا فى تحريم الجمع . وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، لأن المحرم الجمع

بينهما فى النكاح ، بدليل قوله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ »[1] أى : نكاحهن ، ثم قال : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ »[2] . معطوفاً عليه ، والبائن ليست فى نكاحه ، ولأنها بائن ، فأشبهت المطلقة قبل الدخول .

ولنا ٠ قول على وابن عباس . وروى عن عبيدة السلمانى أنه قال : « مَا أَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى شَىْءٍ كَإِجْمَاعِهِمْ عَلَى أَرْبَعٍ قَبْلَ الظُّهْرِ ، وَأَلاَّ تُنْكَحَ امْرَأَةٌ فِى عِدَّةِ أُخْتِهَا » . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلاَ يَجْمَعُ مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[3] وروى عن أبى الزناد قال : « كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة ، فطلق واحدة ألبتة ، وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء » . وليس كلهم عابه . قال سعيد بن منصور : إذا عاب عليه سعيد ابن المسيب فأى شىء بقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه ، أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً ، ولأنها معتدة فى حقه ، أشبهت الرجعية ، وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

٥٢٤٦ (فصل)

ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع ، أو فسخ بعيب أو إعسار ، أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته ، حتى تنقضى عدتها ، سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل : وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها فى عدتها ثم أسلما فى عدة الأولى ، اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معاً ، وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانت ، وثبت نكاح الثانية .

٥٢٤٧ (فصل)

إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضى استبراؤها ، نص عليه أحمد فى أم الولد . وقال أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن : يجوز ، لأنها ليست زوجة ولا فى عدة من نكاح .

ولنا : أنها معتدة منه ، فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ، ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه فى رحمها ، فيكون داخلا فى عموم من جمع ماءه فى رحم أختين ، ولا يمنع من نكاح أربع سواها ، ومنعه زفر ، وهو غلط ، لأن ذلك جائز قبل إعتاقها ، فبعده أولى .

٥٢٤٨ (فصل)

ولا يمنع من نكاح أمة فى عدة حرة بائن ، ومنعه أبو حنيفة ، كما يحرم عليه أن يتزوجها فى صلب نكاحها .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٣

(٣) قال الحافظ فى الدراية عن هذا الحديث : لم أجده . (ف)

ولنا : أنه عادم للطَّوْل ، خائف للعَنَت ، فأبيح له نكاحها ، لقوله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً » الآية . ولا نسلم أنه لا يجوز فى صلب نكاح الحرة ، بل يجوز إذا تحقق الشرطان .

٥٢٤٩ (فصـــل)

وإن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها ، وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح . فإن زنى بأخت امرأته ، فقال أحمد : يمسك عن وطء امرأته ، حتى تحيض ثلاث حيض[1] ، وقد ذكر عنه فى المزنى بها : أنها تستبرىء بحيضه ، لأنه وطء من غير نكاح ، ولا أحكامه أحكام النكاح . ويحتمل ألا تحرم بذلك أختها ، ولا أربع سواها ، لأنها ليست منكوحة ، ومجرد الوطء لا يمنع ، بدليل أن الوطء فى ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها .

٥٢٥٠ (فصـــل)

وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها فى مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ، أبيح له نكاح أختها وأربع سواها فى الظاهر ، فأما فى الباطن فبنى على صدقه فى ذلك ، لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى ، فيقبل قوله فيه ، ولا يصدق فى نفى نفقتها وسكناها ونفى النسب ، لأنه حق لها ولولدها ، فلا يقبل قوله فيه ، وبه قال الشافعى وغيره . وقال زفر : لا يصدق فى شىء ، لأنه قول واحد لا يصدق فى بعض حكمه ، فلا يصدق فى البعض الآخر قياساً لأحدهما على الآخر ، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً .

ولنا : أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره ، و(يتضمن) حقاً له لا ضرر على غيره فيه ، فوجب أن يصدق فى أحدهما دون الآخر ، كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه ، صُدق فى حريته ولم يصدق فى الرجوع بثمنه ، وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول ، صدق فى بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق فى سقوط مهرها .

٥٢٥١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن خطب امرأة فزُوِّج بغيرها لم ينعقد النكاح ﴾

معنى ذلك : أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ، ثم يوجب له النكاح فى غيرها ، وهو يعتقد أنها التى خطبها ، فيقبل ، فلا ينعقد النكاح ، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه ، فلم يصح ، كما لو ساومه بثوب ، وأوجب العقد فى غيره ، بغير علم المشترى ، فلو علم الحال بعد ذلك

(١) فى المخطوطة ١٨ : ثلاث حيضات .

فرضى لم يصح ، قال أحمد فى رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد : يفرق بينهما ، ويكون الصداق على وليها ، لأنه غره ، ويجهز إليه أختها التى خطبها بالصداق الأول . فإن كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد . وقوله : يجهز إليه أختها ، يعنى والله أعلم : بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها ، لأن العقد الذى عقده لم يصح فى واحدة منها ، لأن الإيجاب صدر فى إحداها ، والقبول فى أخرى ، فلم ينعقد فى هذه ولا فى تلك ، فإن اتفقوا على تجديد عقد فى إحداهما أيتهما كان جاز .

وقال أحمد فى رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها : لها المهر بما أصاب منها ، ولأختها المهر ، قيل يلزمه المهر ؟ قال: نعم ، ويرجع على وليها ، هذه مثل التى بها برص أو جذام ، علىّ يقول : ليس عليه غرم ، وهذا ينبغى أن يكون فى امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه ، وأمكنته من نفسها فلا ينبغى أن يجب لها صداق ، لأنها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ، ويرجع به على من غره . وروى عن على رضى الله عنه فى رجلين تزوجا امرأتين ، فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى : « لها الصداق ، ويعتزل كل منهما امرأته حتى تنقضى عدتها » وبه قال النخعى والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى .

٥٢٥٢ (فصل)

من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين ، لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشترى والمبيع ، ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال : زوجتك هذه صح ، فإن الإشارة تكفى فى التعيين ، فإن زاد على ذلك فقال : بنتى هذه ، أو هذه فلانة ، كان تأكيداً ، وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتى ، وليس له سواها جاز ، فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً . فإن كان له ابنتان أو أكثر ، فقال : زوجتك ابنتى لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة ، فيقول : زوجتك ابنتى الكبرى، أو الوسطى ، أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتى عائشة ، أو فاطمة ، صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال : زوجتك فاطمة لم يصح ، لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم ، حتى يقول مع ذلك : ابنتى .

وقال بعض الشافعية : يصح إذا نوياها جميعاً . وليس [هذا] بصحيح ، لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها إذا ثبت به العقد ، وهذا متعذر فى النية ، فلذلك لو قال : زوجتك ابنتى وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه . وإن قال : زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع فى نسبها حتى يبلغ ما تتميز به عن [غيرها من] النساء .

٥٢٥٣ (فصـــل)

فإن كان له ابنتان : كبرى اسمها عائشة ، وصغرى اسمها فاطمة ، فقـال : زوجتك ابنتى عائشة ، وقبل الزوج ذلك ، وهما ينويان الصغرى لم يصح . ذكره أبو حفص . وقال القاضى : يصح فى التى نوياها ، وهذا غير صحيح لوجهين :

أحدهما : أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه ، فأشبه مالو قال : زوجتك عائشة فقط ، أو مالو قال : زوجتك ابنتى ولم يسمها ، ففيما إذا سماها بغير إسمها أولى ألا يصح .

والثانى : أنه لايصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ، ولم يوجد ذلك . فإن اسم أختها لايميزها بل يصرف العقد عنها . وإن كان الولى يريد الكبرى ، والزوج يقصد الصغرى لم يصح ، كمسألة الخرقى فيما إذا خطب امرأة فزوج[1] غيرها ، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه . ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك مايصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها ، فإن العقـــد بلفظه متناول للكبرى ، ولم يوجـد مايصرفه عنهـا فصح كما لو نوياها ، ولو نوى الولى الصغرى والزوج الكبرى ، أو نوى الولى الكبرى ، ولم يدر الزوج أيتهما هى ، فعلى الأول لايصح التزويج ، لعدم النية منهما فى التى يتناولهما لفظهما ، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه يصح فى المعينة باللفظ لما ذكرناه .

٥٢٥٤ (فصـــل)

فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل : زوجتك إبنتى وسماها بغير إسمها ، فقال القاضى : يصح . وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن قوله : بنتى ، آكد من التسمية ، لأنها لامشاركة فيهـا ، والاسم مشترك . ولو قال : زوجتك هذه ، وأشار إليها وسماها بغير اسمها ، يجب أن يصح بقاء على هذا التعليل .

٥٢٥٥ (فصـــل)

ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح ، لأنه لم يثبت له حكم البنـات قبل الظهور فى غير الإرث والوصية ، ولأنه لم يتحقق أن فى البطن بنتاً فأشبه مالو قال : زوجتك من فى هذه الدار ، وهما لايعلمان مافيها ولو قال : إذا ولدت امرأتى بنتاً زوجتكها لم يصح ، لأنه تعليق للنكاح على شرط ، والنكاح لا يتعلق على شرط ، ولأن هـذا مجرد وعد لاينعقد به عقد .

٥٢٥٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها وشرط لها ألا يخرجها من دارها وبلدها فلهـا شرطها ، لمـا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُم بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الْفُرُوج » . وإن تزوجها وشرط لها ألا يتزوج عليها ، فلها فراقه إذا تزوج عليها ﴾

(١) فى المخطوطة (٢٠) وتزوج .

وجملة ذلك : أن الشروط فى النكاح تنقسم أقساما ثلاثة[1] .

٥٢٥٧ أحدها

ما يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها ، ولا يسافر بها ، أولا يتزوج عليها ، ولا يتسرى عليها . فهذا يلزمه الوفاء لها به . فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح . يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وسعد بن أبى وقاص ، ومعاوية وعمرو بن العاص ، رضى الله عنهم ، وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والأوزاعى ، وإسحاق. وأبطل هذه الشروط الزهرى ، وقتادة ، وهشام بن عروة ، ومالك ، والليث ، والثورى ، والشافعى ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . قال أبو حنيفة والشافعى : ويفسد المهر دون العقد ، ولها مهر المثل . واحتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « كلُّ شرطٍ ليسَ فى كتابِ الله فهو باطلٌ ، وإنْ كانَ مائةَ شرْط »[2] . وهذا ليس فى كتاب الله ، لأن الشرع لا يقتضيه . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « المسلمونَ عَلَى شُرُوطهمْ، إلاَّ شرْطاً أحلَّ حرَاماً أوْ حَرَّمَ حَلاَلاً »[3] . وهذا يحرم الحلال ، وهو التزويج والتسرى والسفر . ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، ولم يبن على التغليب والسراية ، فكان فاسداً كما لو شرطت ألا تسلم نفسها .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إنَّ أحقَّ ما وفَّيتم به من الشرطِ ما استحلَلْتم به الفُرُوج » رواه سعيد ، وفى رواية : « إن أحقَّ الشُّروطِ أنْ تُوفُوا بها ما اسْتَحْلَلْتم به الفرُوج » متفق عليه وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم : « المسلمُون عَلَى شُرطِهِمْ » ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا نعلم لهم مخالفاً فى عصرهم ، فكان إجماعاً . وروى الأثرم بإسناده ، أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذاً تطلقينا . فقال عمر : «مقاطع الحقوق عند الشروط » . ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح ، فكان لازما ، كما لو شرطت عليه زيادة فى المهر ، أو غير نقد البلد. وقوله عليه السلام : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» أى : ليس فى حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع ، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته ، على أن الخلاف فى مشروعيته ، وعلى من نفى ذلك الدليل ، وقولهم : إن هذا يحرم الحلال . قلنا : لا يحرم حلالا ، وإنما يثبت المرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به . وقولهم : ليس من مصلحته . قلنا : لا نسلم ذلك ، فإنه من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده ، كاشتراط الرهن والضمين فى البيع ، ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل ، وشرط غير نقد البلد .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ إلى أقسام (٢) أخرجه الشيخان من حديث عائشة (ف)

(٣) أخرجه الحاكم من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو عن أبيه عن جده (ف)

فإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ، ولهذا قال الذى قضى عليه عمر بلزوم الشرط : «إذاً تطلقيننا» فلم يلتفت عمر إلى ذلك ، وقال : « مقاطع الحقوق عند الشروط » ولأنه شرط لازم فى عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين فى البيع .

٥٢٥٨ (فصــــل)

فإن شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط ، لما روى أبو هريرة قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن تشترط المرأة طلاق أختها [١] . وفى لفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاتَسْأَلُ المَرْأَةُ طَلاَقَ أُخْتِهَا لِتَنْكح» [٢] ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه ، وحق امرأته ، فلم يصح ، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه . وقال أبو الخطاب : هو شرط لازم ، لأنه لا ينافى العقد ولها فيه فائدة ، فأشبه ما لو شرطت عليه ألا يتزوج عليها . ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساده ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته .

٥٢٥٩ (القسم الثانى)

ما يبطل الشرط ويصح العقد . مثل أن يشترط ألا مهر لها ، أو ألا ينفق عليها ، أو إن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه ألا يطأها ، أو يعزل عنها [٣] أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر ، أو لا يكون عندها فى الجمعة إلا ليلة ، أو شرط لها النهار دون الليل ، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً . فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها ، لأنها تنافى مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ، فلم يصح ، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع . فأما العقد فى نفسه فصحيح ، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ، ولا يضر الجهل به ، فلم يبطل ، كما لو شرط فى العقد صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض ، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق . فقد نص أحمد فى رجل تزوج امرأة ، وشرط عليها أن يبيت عندها فى كل جمعة ليلة ، ثم رجعت وقالت : لا أرضى إلا ليلة وليلة ، فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها ، فإن ذلك جائز . وإن قالت : لا أرضى إلا بالمقاسمة ، كان ذلك حقاً لها ، تطالبه إن شاءت .

ونقل عنه الأثرم فى الرجل يتزوج المرأة ، ويشترط عليها أن يأتيها فى الأيام : يجوز الشرط ، فإن شاءت رجعت . وقال فى الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه فى كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

(١) أخرجه الشيخان عن أبى هريرة (ف)

(٢) فى البخارى عن أبى هريرة « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفى ما فى صحفتها فإنما رزقها على الله تعالى(ف)

(٣) يعزل عنها أى لا يدع ماءه يستقر فى رحمها ، لئلا ينجب منها أبناء .

النكاح جائز ، ولها أن ترجع فى هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام فى بعض هذه الشروط . يحتمل إبطال العقد . نقل عنه المروزى فى النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، وممن كره تزويج النهاريات : حماد بن أبى سليمان ، وابن شبرمة .

وقال الثورى : الشرط باطل . وقال أصحاب الرأى : إذا سألته أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأساً . وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها على أن يجعل لها فى الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجعة[1] إلى إبطال الشرط ، وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح ، فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط ، كما قلنا والله أعلم .

وقال القاضى : إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ، ونكاح السر منهىٌّ عنه، فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد ، لأنه شرط ينافى المقصود من النكاح ، وهذا مذهب الشافعى ، وكذلك إن شرط عليه ألا تسلم إليه ، فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئاً على ألا يقبضه . وإن شرط عليها ألا يطأها لم يفسد ، لأن الوطء حقه عليها ، وهى لا تملكه عليه . ويحتمل أن يفسد ، لأن لها فيه حقاً ، ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى ، والفسخ إذا تعذر بالجَبّ والعُنة .

٥٢٦٠ القسم الثالث

ما يبطل النكاح من أصله . مثل : أن يشترطا تأقيت النكاح ، وهو نكاح المتعة ، أو أن يطلقها فى وقت بعينة ، أو يعلقه على شرط ، مثل أن يقول : زوجتك إن رضيت أمها أو فلان ، أو يشترط الخيار فى النكاح لها ، أو لأحدهما ، فهذه شروط باطلة فى نفسها ، ويبطل بها النكاح . وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى ، وهو نكاح الشغار ، ونذكر ذلك فى مواضعه إن شاء الله تعالى .

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار إن رضيت أمها ، أو إن جاءها بالمهر فى وقت كذا ، وإلا فلا نكاح بينهما ، روايتين .

إحداهما : النكاح صحيح والشرط باطل ، وبه قال أبو ثور ، فيما إذا شرط الخيار . وحكاه عن أبى حنيفة . وزعم أنه لا خلاف فيها . قال ابن المنذر : قال أحمد واسحاق : إذا تزوجها على أنه إن جاء بالمهر فى وقت كذا وكذا ، وإلا فلا نكاح بينهما : الشرط باطل ، والعقد جائز . وهو قول عطاء ، والثورى ، وأبى حنيفة ، والأوزاعى ، وروى ذلك عن الزهرى . وروى ابن منصور عن أحمد فى هذا : أن العقد والشرط جائزان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » .

---

(١) فى المطبوعة : راجع

والرواية الأخرى[1] : يبطل العقد من أصله فى هذا كله ، لأن النكاح لا يكون إلا لازما ، وهذا يوجب جوازه ، ولأنه إذا قال : إن رضيت أمها . أو إن جئتنى فى وقت كذا ، فقد وقف النكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط . وهذا قول الشافعى ، ونحوه عن مالك ، وأبى عبيد .

٥٢٦١ (فصــــل)

وإن شرط الخيار فى الصداق خاصة لم يفسد النكاح ، لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق . ولو كان الصداق حراما أو فاسداً لم يفسد النكاح ، فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى . ويخالف البيع ، فإنه إذا فسد أحد العوضين فيه ، فسد الآخر . فإذا ثبت هذا ففى الصداق ثلاثة أوجه .

أحدها : يصح الصداق ويبطل شرط الخيار ، كما يفسد الشرط فى النكاح ، ويصح النكاح .

والثانى . يصح ويثبت الخيار فيه ، لأن عقد الصداق عقد منفرد يجرى مجرى الأثمان فثبت فيه الخيار كالبياعات .

والثالث : يبطل الصداق ، لأنها لم ترض به ، فلم يلزمها ، كما لو لم يوافقه على شىء .

٥٢٦٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها ﴾ لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها ، وقد روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذَا خطبَ أحدُكُمْ المرأةَ ، فإن استَطاعَ أن ينْظُرَ إلى ما يَدْعوهُ إلى نِكاحِهَا فَلْيَفْعلْ » قال : فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها ، حتى رأيت منها مادعانى إلى نكاحها فتزوجتها . رواه أبو داود . وفى هذا أحاديث كثيرة سوى هذا . ولأن النكاح عقد يقتضى التمليك ، فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه ، كالنظر إلى الأمة المستَامَةَ .

ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمرنا بالنظر وأطلق . وفى حديث جابر « فكنت أتخبأ لها » وفى حديث عن المغيرة بن شعبة « أنه استأذن أبويها فى النظر إليها فكرهاه ، فأذنت له المرأة » . رواه سعيد . ولايجوز له الخلوة بها ، لأنها محرمة ، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ، ولأنه لايؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لايخلونّ رجلٌ بامرأةٍ ، فإنّ ثالثَهُمَا الشيطانُ[2] » : ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة . قال أحمد فى رواية

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : الثانية .

(٢) عن عامر بن ربيعة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فإن ثالثهما الشيطان» أخرجه أحمد(ف).

صالح : ينظر إلى الوجه ، ولا يكون عن طريق لذة ، وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها ، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك .

٥٢٦٣ (فصـــل)

ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة ، وهو مجمع المحاسن ، وموضع النظر ، ولا يباح له النظر إلى مالا يظهر عادة . وحكى عن الأوزاعى : أنه ينظر إلى مواضع اللحم. وعن داود أنه ينظر إلى جميعها ، لظاهر قوله عليه السلام : « انظر إليها » .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا [1] » وروى عن ابن عباس أنه قال : الوجه ، وبطن الكف . ولأن النظر محرم أبيح للحاجة ، فتختص بما تدعو الحاجة إليه ، وهو ما ذكرنا ، والحديث مطلق ، ومن نظر إلى وجه إنسان سمى ناظراً إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمى رائياً له ، كما قال الله تعالى : « وإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ [2] » « وإِذَا رَآكَ الذِينَ كَفَرُوا [3] »

وأما مايظهر غالباً سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة فى منزلها ففيه روايتان .

إحداهما : لا يباح النظر إليه ، لأنه عورة ، فلم يبح النظر إليه ، كالذى لا يظهر ، فإن عبد الله روى أن النبىّ صلى الله عليه وسلّم قال : « المرأة عَوْرة [4] ». حديث حسن ، ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه ، فبقى ماعداه على التحريم .

والثانية : له النظر إلى ذلك ، قال أحمد فى رواية حنبل : لا بأس أن ينظر إليها ، وإلى مايدعوه إلى نكاحها ، من يد أو جسم ونحو ذلك . قال أبو بكر : لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة ، وقال الشافعى : ينظر إلى الوجه والكفين ، ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالباً : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم لما أذن فى النظر إليها من غير علمها ، علم أنه أذن فى النظر إلى جميع مايظهر عادة ، إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له فى الظهور . ولأنه يظهر غالباً ، فأبيح النظر إليه كالوجه ، ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها بأمر الشارع ، فأبيح النظر منها إلى ذلك ، كذوات المحارم ، وقد روى سعيد عن سفيان ، عن عمرو بن دينار ، عن أبى جعفر . قال :« خطب عمر بن الخطاب ابنة علىّ ، فذكر منها صغراً ، فقالوا له : إنما ردّك ، فعاوده . فقال : نرسل بها إليك تنظر إليها ، فرضيها ، فكشف عن ساقيها . فقالت : أرسل ، لولا أنك أمير المؤمنين للطمْتُ الذى فيه عينيك .

(١) سورة النور آية ٣١ (٢) سورة المنافقون آية ٤ (٣) سورة الأنبياء آية ٣٦

(٤) أخرجه الترمذى عن أبى مسعود مرفوعا : « المرأة عورة ، فإن تزوجت استشرفها الشيطان »(ف)

٥٢٦٤ (فصـــل)

ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك . وليس له النظر إلى ما يستتر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما .

قال الأثرم : سألت أبا عبدالله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه، أو امرأة ابنه ، فقال : هذا فى القرآن « وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ » إلا لكذا وكذا . قلت : ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها ؟ قال : لا يعجبنى . ثم قال : أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا ، وإلى كل شىء لشهوة ، وذكر القاضى : أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل ، والمرأة مع المرأة .

وقال أبو بكر : كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقى ، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة ، يعنى أنه يكره ولا يحرم . ومنع الحسن ، والشعبى ، والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم . فروى عن هند ابنة المهلب قالت : قلت للحسن : ينظر الرجل إلى قرْط أخته وإلى عنقها ؟ قال : لا ، ولا كرامة . وقال الضحاك: لو دخلت على أمى لقلت : أيتها العجوز ، غطى شعرك . والصحيح أنه يباح النظر إلى مايظهر غالباً لقول الله تعالى : « وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ » الآية[1] . وقالت سهلة بنت سهيل: «يارسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، وكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ، ويرانى فُضْلى ، وقد أنزل فيهم ما علمت[2] ، فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبىّ صلّى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها » رواه أبو داود وغيره . وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى مايظهر غالباً فإنها قالت : « يرانى فضلى » ومعناه فى ثياب البذْلة التى لا تستر أطرافها .

وقال امرؤ القيس :

فجئتُ وقدْ نَضَّتْ[3] لنومٍ ثيابهاَ ولم يبق إلا[4] لبسةُ المتفَضـل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر ، فكان يراها كذلك إذ اعتقدته ولداً . ثم دلهم النبى صلى الله عليه وسلم على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه .

وروى الشافعى فى مسنده عن زينب بنت أبى سلمة « أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير . قالت : فكنت أراه أبا ، وكان يدخل علىّ وأنا أمشط رأسى ، فيأخذ ببعض قرون رأسى ويقول أقبِلى على »

(١) سورة النور آية ٣١
(٢) أى قوله تعالى فى سورة الأحزاب «ادعوهم لآبائهم » الآية : وهى تبطل التبنى (ف) .
(٣) أى خلعت ثيابها
(٤) فى المعلقات: لدى الستر إلالبسة المتفضل (ف)

ولأن التحرز من هذا لا يمكن ، فأبيح كالوجه ، وما لا يظهر غالباً لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره ، ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور ، فحرم النظر إليه كما تحت السرة .

٥٢٦٥ (فصـــل)

وذوات محارمه : كل من حرم عليه نكاحها على التأبيد بنسب ، أو رضاع ، أو تحريم المصاهرة بسبب مباح ، لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة : أنّ أفلح أخا[1] أبي القُعَيْس استأذن عليها بعد ما أُنْزِل الحجاب ، فأبت أن تأذن له . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ائذني له ، فإنه عمُّك تَرِبَتْ يمينُك » وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن . كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم .

وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبنتها ، لأنهما غير مذكورتين في الآية قال القاضي : إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروذي : أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ، ليست مثل التي يزني بها ، لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ، ولا إلى شيء من جسدها ، وهي حرام عليه .

٥٢٦٦ (فصـــل)

فأما أم المزنيّ بها وابنتها ، فلا يحل له النظر إليهن ، وإن حرم نكاحهن ، لأن تحريمهن بسبب محرم ، فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان ، وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه ، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت ابنته: لا يسافر بها ، ليس هو محرما لها ، والظاهر أنه أراد: ليس محرما لها في السفر ، أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه ، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك ، فدخل على ابنته أم حبيبة ، فطوت فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم لئلا يجلس عليه ، ولم تحتجب منه ، ولا أمرها بذلك النبي صلى الله عليه وسلم .

٥٢٦٧ (فصـــل)

وعبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها لقول الله تعالى : « أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ »[2] وروت أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كان لإحدا كُنَّ مُكَاتَبٌ فملك ما يؤدي ، فلتحتجب منه » وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وعن أبي قلابة قال: « وكان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار » ورواه سعيد في سننه . وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أتى فاطمةَ بعَبْدٍ قد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوبٌ إذا قنَّعَت به رأسها لم يبلغْ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها ، فلما

(١) أرضعت زوجة أبي القعيس عائشة وأفلح، أخ لأبي القعيس، فهو إذن عمها رضاعا . والحديث رواه الجماعة بألفاظ متقاربة (ف)

(٢) سورة النور آية ٣١

رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود.

وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته، وهو قول سعيد بن المسيب، وطاوس، ومجاهد، والحسن، وأباح له ذلك ابن العباس، لما ذكرنا من الآيتين والحديثين، ولأن الله تعالى قال: «لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ - إلى قوله - لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ[1]» ولأنه يشق التحرز منه، فأبيح له ذلك كذوي المحارم.

وقال أصحاب الشافعي: هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين، لما ذكرنا من الدليل، ولأنه محرم عليها، فكان محرماً كالأقارب.

ولنا: ما روى ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «سفرُ المرأة مع عَبْدها ضَيْعَة» رواه سعيد، ولأنها لا تحرم عليه على التأبيد، ولا يحل له استمتاعها، فلم يكن محرما كزوج أختها؛ ولأنه غير مأمون عليها إذ ليست بينهما نفرة المحرمية، والملك لا يقتضي النفرة الطبيعية، بدليل السيد مع أمته، وإنما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة إليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما، وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي لما ذكرناه، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

٥٢٦٨ (فصــــل)

فأما الغلام فما دام طفلا غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء. وإن عقل ففيه روايتان.

إحداهما: حكمه حكم ذي المحرم في النظر.

الثانية: له النظر إلى مافوق السُّرّة وتحت الركبة، لأن الله تعالى قال: «لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكم والذين لم يبلغوا الحُلُمَ مِنكُمْ — إلى قوله — لَيْسَ عَلَيكم ولا عَلَيْهِم جُناح بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بعض — إلى قوله — وَإِذَا بَلَغَ الأطفالُ مِنكم الحُلم فَلْيَسْتَأْذِنوا كما اسْتَأْذَنَ الذينَ مِنْ قَبْلِهِمْ[2]». فدل على التفريق بين البالغ وغيره، وقال أبو عبد الله: أبو طيبة حَجَمَ نساء النبي صلّى الله عليه وسلم وهو غلام. ووجه الرواية الأولى: قوله: «والطِّفْلِ الذين لم يَظْهَرُوا على عَوْرات النِّسَاء[3]» وقيل لأبي عبدالله: متى تغطي المرأة رأسها من الغلام؟ قال: إذا بلغ عشر سنين.

٥٢٦٩ (فصــــل)

ومباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج، لما روى بَهْز بن حكيم عن أبيه، عن جده، قال: «قلت: يارسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ فقال لي: احفظ عورتك

(١) سورة النور آية ٥٨ (٢) سورة النور آية ٥٨، ٥٩ (٣) سورة النور آية ٣١

إلا من زوجتك ، أو ما ملكت يمينك » . رواه الترمذى وقال : حديث حسن . ولأن الفرج يحل له الاستمتاع به ، فجاز النظر إليه ولمسه كبقية البدن ، ويكره النظر إلى الفرج ، فإن عائشة رضى الله عنها قالت : « ما رأيت فَرْج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط » . رواه ابن ماجه ، وفى لفظ قالت : « ما رأيته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا رآه منى » . وقال أحمد فى رواية جعفر بن محمد فى المرأة تقعد بين يدى زوجها ، وفى بيتها ، مكشوفة فى ثياب رقاق : لا بأس به ، قلت : تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس ، وليس فى الدار إلا هى وزوجها ؟ فرخص فى ذلك .

٥٢٧٠ (فصـــل)

ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها ، لما ذكرنا فى الزوجين ، وسواء فى ذلك سريته وغيرها ، لأنه يباح له الاستمتاع من جميع بدنها ، فأبيح له النظر إليه ، فإن زوّج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة ، لأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا زوَّج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة[1] » . رواه أبو داود ، ومفهومه : إباحة النظر إلى ما عداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ، ولا اختلاف ، فإنها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحل امرأة لرجلين ، فإن وطئها لزمه الإثم والتعزير ، وإن ولدت فقال أحمد : لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره ، فلا يلحقه ولدها كالأجنبية .

٥٢٧١ (فصـل)

فيمن يباح له النظر من الأجانب

ويباح للطبيب النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدنها ، من العورة وغيرها ، فإنه موضع حاجة ، وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حكَّم سعداً فى بنى قريظة ، كان يكشف عن مؤتزرهم ، وعن عثمان أنه أُتِى بغلام قد سَرَق فقال : انظروا إلى مؤتزره ، فلم يجدوه أنبت الشعر ، فلم يقطعه .

وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها ، قال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها ، وإن عامل امرأة فى بيع أو إجارة فله النظر إلى وجهها ، ليعلمها بعينها ، فيرجع عليها بالدرك . وقد روى عن أحمد : كراهة ذلك فى حق الشابة دون العجوز ، ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة ، فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس .

---

(١) لفظ «فإنه عورة» زائد على ما فى مسند أبى داود ج ٢ ص ٢٨٤(ف)

٥٢٧٢ (فصـــل)

فأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه محرم إلى جميعها فى ظاهر كلام أحمد . قال أحمد : لايأكل مع مطلقته ، هو أجنبي لايحل له أن ينظر إليها ، كيف يأكل معها ، ينظر إلى كفها ؟ لايحل له ذلك ، وقال القاضى : يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين ، لأنه عورة ، ويباح له النظر إليها مع الكراهة إذا أمن الفتنة ، ونظر لغير شهوة . وهذا مذهب الشافعى ، لقول الله تعالى:(وَلاَ يبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاّ مَاظَهَرَ مِنْهَا) قال ابن عباس : « الوجه والكفين » وروت عائشة أن أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثياب رقاق ، فأعرض عنها ، وقال : « يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا — وأشار إلى وجهه وكفيه » رواه أبوبكر [١] وغيره ، ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه بغير ريبة كوجه الرجل .

ولنا : قول الله تعالى : « وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعاً فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ » [٢] وقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا كان لإحداكن مكاتبٌ فملك مايُؤدِّى فلتحتجب منه » [٣] . وعن أم سلمة قالت : « كنت قاعدة عند النبى صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ، فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه » رواه أبوداود « وكان الفضل بن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءته الخثعمية تستفتيه ، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه ، فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها» [٤] وعن جرير بن عبد الله قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة ؟ فأمرنى أن أصرف بصرى » حديث صحيح [٤] وعن على رضى الله عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاتتبع النظرة النظرة، فإنما لك الأولى وليست لك الآخرة» رواهما أبوداود. وفى إباحة النظر إلى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك ، إذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه؟ وأما حديث أسماء — إن صح — فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه .

٥٢٧٣ (فصـــل)

والعجوز التى لايشتهى مثلها لا بأس بالنظر منها إلى مايظهر غالبا لقول الله تعالى : « وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاَّتِى لاَ يَرْجُونَ نِكَاحاً» الآية [٥] . قال ابن عباس فى قوله تعالى : « قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ

(١) رواه أبوداود وقال : هذا مرسل (ف)
(٢) سورة الأحزاب آية ٥٣
(٣) أخرجه الخمسة إلا النسائى عن أم سلمة (ف)
(٤) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى (ف) (٥) سورة النساء آية ٦

أَبْصَارِهِمْ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ »[1] الآية . قال : فنسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحا الآية . وفى معنى ذلك الشوهاء التى لا تشتهى .

٥٢٧٤ (فصـــل)

والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين،لأن عمر رضى الله عنه رأى امرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال:«يالكاع تتشبهين بالحرائر» وأخرج أبو حفص بإسناده:أن عمر كان لايدع أمة تقنّع فى خلافته ، وقال : « إنما القناع للحرائر » ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به ، وقد روى أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية ، قال الناس : لا ندرى أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا : إن حجبها فهى أم المؤمنين ، وإن لم يحجبها فهى أم ولد ، فلما ركب وطّأ لها خلفه ، ومد الحجاب بينه وبين الناس » .متفق عليه ، وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضاً بينهم مشهورا ، وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً ، وقال أصحاب الشافعى : يباح النظر منها إلى ماليس بعورة، وهو ما فوق السرة وتحت الركبة ، وسوى أصحابنا بين الحرة والأمة لقوله تعالى :«ولا يبْدِينَ زينَتَهُن » الآية ، ولأن العلة فى تحريم النظر الخوف من الفتنة ، والفتنة المخوفة تستوى فيها الحرة والأمة ، فإن الحرية حكم لا يؤثر فى الأمر الطبيعى ، وقد ذكرنا مايدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما ، وإن لم يفترقا فيما ذكروه افترقا فى الحرمة وفى مشقة الستر ، لكن إن كانت الأمة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الغلام الذى تخشى الفتنة بالنظر إليه . قال أحمد فى الأمة إذا كانت جميلة : تنتقب . ولا ينظر إلى المملوكة ، كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل .

٥٢٧٥ (فصـــل)

فأما الطفلة التى لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر إليها ، قال أحمد فى رواية الأثرم فى رجل يأخذ الصغيرة فيضعها فى حجره ويقبلها : فإن كان يجد شهوة فلا ، وإن كان لغير شهوة فلا بأس ، وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدينى أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له ، فأخذها عمر بيده وقال : ابنة أبى عبد الله ، فتحركت الأجراس من رجلها ،فأخذها عمر فقطعها وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مع كل جَرَس شيطان » . فأما إذا بلغت حداً تصلح معه للنكاح كابنة تسع،فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة ، بدليل قوله عليه السلام :« لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار».فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس ، فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم ، كقولنا فى الغلام المراهق مع النساء . وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال : قالت عائشة : « دخلت على ابنة أخى

(١) سورة النور آية ٣٠ ، ٣١

مُزَيْنة ، فدخل على النبى صلى الله عليه وسلم ، فأعرض ، فقلت: يارسول الله إنها ابنة أخى ، وجارية ،فقال: «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها، وإلا مادون هذا» وقبض على ذراع نفسه ، فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها . وذكر حديث أسماء : «إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار إلى وجهه وكفيه . واحتج أحمد بهذا الحديث . وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك فى حق غيرها .

٥٢٧٦ (فصـــل)

ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنـــة أو مرض لا يرجى برؤه ، والخصى [١] والشيخ والمخنث الذى لا شهوة له ، فحكمه حكم ذوى المحرم [٢] فى النظر لقول الله تعالى: «أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ» [٣] أى غير أولى الحاجة إلى النساء ، وقال ابن عباس : هو الذى لا تستحيى منه النساء، وعنه : هو المخنث الذى لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقتادة : الذى لا أرب له فى النساء . فإن كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء ، فحكمه حكم غيره ، لأن عائشة قالت : «دخل على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم مُخَنَّثٌ [٤] فكانوا يعدونه من غير أولى الإربة (من الرجال) [٥] فدخل علينا النبى صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة بأنها إذا أقبلت أقبلت بأربع ، وإذا أدبرت أدبرت بثمان . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ألا أرى هذا يعلم ما ههنا ؟ لا يدخلن عليكن هذا فحجبوه» [٦] رواه أبو داود وغيره ، قال ابن عبد البر : ليس المخنث الذى تعرف فيه الفاحشة خاصة ، وإنما التخنيث بشدة [٧] التأنيث فى الخلقة ، حتى يشبه المرأة فى اللين والكلام ، والنظر والنغمة والعقل ، فإذا كان كذلك لم يكن له فى النساء أرب ، وكان لا يفطن لأمور النساء ، وهو [٨] من غير أولى الإربة الذين أبيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسائه ، فلما سمعه يصف ابنة غيلان ، وفهم أمر النساء أمر بحجبه ؟

---

(١) فى المخطوطة ١٨ أو الخصى . (٢) فى المخطوطة ١٨ : ذى المحرم

(٣) سورة النساء آية ٣١

(٤) رواه البخارى ج ٧ ص ٦٧ منيرية . من رواية أم سلمة،وكان المخنث يدخل عليها قالت : إن النبى صلى الله عليه وسلم كان عندها وفى البيت مخنث ، فقال المخنث لأخى أم سلمة : إن فتح الله لكم الطائف غدا أدلك على ابنة غيلان ، فإنها تقبل بأربع ، وتدبر بثمان : فقال النبى صلى الله عليه وسلم . لا يدخلن هذا عليكم » . وبنت غيلان هى نادية أو بادية كما فى المرجع الآتى رقم ٦ (٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠

(٦) اسمه هيت بكسر فسكون، وذكر ابن إسحاق أن اسمه ماتع،أو مانع بالنون،وقال المدينى:إن مانعا لقب هيت وقيل غير ذلك انظر(إرشاد السارى جـ ٨ ص١١١ (٧)فى المخطوطة١٨ : شد التأنيث (٨) فى المخطوطة ١٨ : فهو

٥٢٧٧ (فصــل)

فأما الرجل مع الرجل فلـكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة. وفى حَدِّها روايتان : إحداها : ما بين السرة والركبة . والأخرى : الفرجان . وقد ذكرناها فى كتاب الصلاة

[وعنـــه لا يباح ، لأنه ذكر بالغ أجنبى ، فـلم يبح له ذلك ، كالذى له أرب ، ذكر هذا فى شرح المقنع] ولا فرق بين الأمرد وذى اللحية ، إلا أن الأمرد إن كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجز تعمد النظر إليه . وقد روى عن الشعبى قال : « قدم وفد عبد القيس على النبى صلى الله عليه وسلم ، وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة ، فأجلسه النبى صلى الله عليه وسلم وراء ظهره » . رواه أبو حفص قال المروذى : سمعت أبا بكر الأعين يقول : قدم علينا إنسان من خراسان صديق لأبى عبد الله ، ومعه غلام ابن أخت له ، وكان جميلا ، فمضى إلى أبى عبد الله فحدثه ، فلما قمنا خلا بالرجل وقال له : من هذا الغلام منك ؟ قال : ابن أختى ، قال : إذا جئتنى لا يكون معك ، والذى أرى لك : ألا يمشى معك فى طريق. فأما الغلام الذى لم يبلغ تسعاً فلا عورة له يحرم النظر إليها ، وقد روى عن ابن أبى ليلى عن أبيه قال : « كنا جلوساً عند النبى صلى الله عليه وسلم ، قال : فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه ، فوقع مقدم قميصه أراه قال : فقبل زبيبته » رواه أبو حفص .

٥٢٧٨ (فصــل)

وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية ، كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمى فى النظر ، قال أحمد : ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفرج ولا تقبلها [1] حين تلد .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المسلمة لا تـكشف قناعها عند الذمية ، ولا تدخل معها الحمام ، وهو قول مكحول ، وسليمان بن موسى ، لقوله تعالى : « أَوْ نِسَائِهِنَّ » والأول أولى ، لأن النساء الـكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبى صلى الله عليه وسلم ، فـلم يكنّ يحتجبن [2] ولا أُمِرْنَ بحجاب . وقد قالت عائشة [رضى الله عنها] جاءت يهودية تسألها ، فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ وذكر الحديث » وقالت أسماء : « قدمت علىّ أمى وهى راغبة ـ يعنى عن الإسلام ـ فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم [أن] أصلها ، قال : نعم » . ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذميه ، فوجب ألا يثبت الحجب بينهما كالمسلم

(١) أى : لا تـكون قابلة لها ولا تقوم بشئون ولادتها (٢) فى المخطوطه : فلم يكن يحجبن

مع الذمى ، ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ، ولم يوجد واحد منهما فأما قوله : « أَوْ نِسَائِهِنَّ »[1] فيحتمل أن يكون المراد : جملة النساء .

٥٢٧٩ (فصــل)

فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان .

إحداهما : لها النظر إلى ماليس بعورة .

والأخرى : لايجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها . اختاره أبو بكر ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لما روى الشافعى عن نبهان ، عن أم سلمة ، قالت : « كنت قاعدة عند النبى صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ، فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه . فقلت يا رسول الله إنه ضرير لا يبصر. قال : أفعمياوان أنتما لا تبصرانه ؟ » . رواه أبو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن ، كما أمر الرجال به ، ولأن النساء أحد نوعى الآدميين ، فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياساً على الرجال ، يحققه أن المعنى المحرِّم للنظر خوف الفتنة ، وهذا فى المرأة أبلغ ، فإنها أشد شهوة وأقل عقلا ، فتسارع الفتنة إليها أكثر .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : «اعتدّى فى بيت ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك[2] » متفق عليه ، وقالت عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترنى بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون فى المسجد » ، متفق عليه[3] ، ويوم فرغ النبى صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد « مضى إلى النساء ، فذكّرهن . ومعه بلال ، فأمرهن بالصدقة »[4] ، ولأنهن لو مُنعن النظر لوجب على الرجال الحجاب ، كما وجب على النساء ، لئلا ينظرن إليهم ، فأما حديث نبهان فقال أحمد : نبهان روى حديثين عجيبين ، يعنى هذا الحديث ، وحديث : « إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه » ، وكأنه أشار إلى ضعف حديثه ، إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول ، وقال ابن عبدالبر : نبهان مجهول، لايعرف إلا برواية الزهرى عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح ، فالحجة به لازمة ، ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، كذلك قال أحمد وأبو داود ، قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : كأنّ حديث نبهان لأزواج النبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، وحديث

(١) سورة النور آية ٣١ (٢) القصة برواية أخرى فى سنن النسائى جـ٣ ص ٧٠ ط الميمنية ١٣١٢ هـ

(٣) وتكملة الحديث « حتى أكون الذى أسأم ، فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن ، الحريصة على اللهو» . انظر (البخارى جـ ٧ ص ٦٧ المنيرية) .

(٤) هذه رواية بالمعنى. وفى آخرها«فرأيتهن يهوين إلى آذانهن وحلوقهن يدفعن إلى بلال، ثم ارتفع هو وبلال إلى بيته . انظر (البخارى جـ ٧ ص ٧٢ منيرية) .

فاطمة لسائر الناس؟ قال: نعم. وإن قدر التعارض، فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد فى إسناده مقال.

٥٢٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار، ويبعث بها إليه بالليل، فالعقد والشرط جائزان، وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده ﴾

أما الشرط فصحيح، لأنه لا يخل بمقصود النكاح، فإن الاستمتاع إنما يكون ليلا، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد، فيكونان صحيحين، وعلى الزوج النفقة فى الليل، لأنها سلمت إليه فيه، وليس عليه نفقة النهار، لأنها فى مقابلة الاستمتاع، وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها فى تلك الحال، وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد، لأنها فى خدمته حينئذ، ولأنها باقية على الأصل فى وجوبها على السيد، فتكون نفقتها بينهما نصفين، وكذلك الكسوة، وقال بعض أصحاب الشافعى: ليس على الزوج شىء من النفقة، لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام، ولم يوجد، فلم يجب منها شىء، كالحرة إذا بذلت التسليم فى بعض الزمان دون بعض.

ولنا: أن النفقة عوض فى مقابلة المنفعة، فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة فى الإجارة، وفارقت الحرة، لأن التسليم عليها واجب فى جميع الزمان، فإذا امتنعت فى البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه، وههنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه.

٥٢٨١ (فصل)

فإن زوجها من غير شرط فقال القاضى: الحكم فيه كما لو شرط، وله استخدامها نهاراً، وعليه إرسالها ليلا للاستمتاع بها، لأنه زمانه، وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين. منفعة الاستخدام، والاستمتاع فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمها إلا فى زمن استيفائها، كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا فى زمنها وهو النهار، والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما.

فإن تبرع[1] السيد بإرسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج، وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه، ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج، لأن الزوجية تقتضى وجوب النفقة[2] مالم يمنع من استمتاعها عدوانا، أو بشرط، أو نحوه، ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها[3] بمرض أو حيض أو نحوهما فإذا لم يكن من السيد ههنا منع وجبت

(١) فى المطبوعة وإن تبرع (٢) فى المطبوعات: تقتضى وجوبها. وما أثبتناه أوضح.
(٣) فى المخطوطة: الاستمتاع بها

النفقة على الزوج[١] ، لوجود الزوجية المقتضية لها ، وعدم المانع منها .

٥٢٨٢ (فصـــل)

فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك ، لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها ، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك ، وقال : ما أدرى ، فيحتمل المنع منه ، لأنه يفوت حق الزوج منها ، فمنع منه قياسا على مالو منعه منه مع الإقامة ، ولأنه مالك لإحدى منفعتيها فملك[٢] منع الآخر من السفر بها كالسيد ، وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها . ويحتمل : أن له السفر بها ، لأنه مالك رقبتها كسيد العبد إذا زوجه ، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلا ونهاراً جاز ، وعليه نفقتها كلها ، وليس للسيد السفر بها ، لأنه لا حق له فى بُضعها[٣] .

٥٢٨٣ (فصـــل)

ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « تنكَحُ المرأةُ لمالها ولحسَبِهَا ولجمالها ولِدِينها ، فاظفَرْ ، بذات الدِّين ترِبَتْ يداك » متفق عليه ، ويختار البكر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتزوجت ياجابر ؟ قال : قلت ، نعم . قال : بكرا أم ثيبّا . قال : قلت : بل ثيبّا . قال : فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك[٤] ؟ » متفق عليه . وعن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عليكم بالأبكار ، فانهن أعذَبُ أفواها وأنقَى أرحاما[٥] » . رواه الإمام أحمد. وفى رواية « وأنتق[٦] أرحاما ، وأرضى باليسير » . ويستحب أن تكون من نساء يُعْرَفْن بكثرة الولادة لما روى عن أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالباءة ، وينهى عن التبتّل نهيا شديداً ، ويقول : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » . رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب ، إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم» رواه النسائى .

وعن على بن الحسين : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «يابَنِي هاشم عليكم بنساء الأعاجم ، فالتمسوا أولادهن ، فإن فى أرحامهن البركة » . ويختار الجميلة لأنها أسكن لنفسه ، وأغضّ لبصره ، وأكمل لمودته

(١) فى المطبوعات : فالنفقة على الزوج . وما أثبتناه أوضح . (٢) فى المطبوعة: فلم يملك .

(٣) فى المخطوطة ١٨: فى نفعها . (٤) فى رواية البخارى : «فهلاجارية تلاعبهاوتلاعبك»ج ٧ ص ٨ المنيرية ، ورواية ابن قدامه انظرها كذلك فى سنن النسائى ج ٢ ص ٧٠ الميمنية .

(٥) فى المخطوطة ١٨ : وأفتح أرحاما (٦)أنتق أرحاما أى أكثر أولادا

ولذلك شرع النظر قبل النكاح . وقد روى عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنما النساء لُعَبٌ ، فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » .

وعن أبي هريرة قال : قيل : يارسول الله أى النساء خير ؟ قال : « التى تسره إذا نظر ، وتطيعه إذا أمر ، ولا تخالفه فى نفسها ولا فى ماله بما يكره »[١] رواه النسائى . وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة ، تسره إذا نظر إليها ، وتطيعه إذا أمرها ، وتحفظه فى غيبته فى ماله ونفسها » . رواه سعيد .

ويختار ذات العقل ، ويجتنب الحمقاء ، لأن النكاح يراد للعشرة ، ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ، ولا يطيب العيش معها ، وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتنبوا الحمقاء ، فإن ولدها ضياع ، وصحبتها بلاء ، ويختار الحسيبة ، ليكون ولدها نجيبا ، فإنه ربما أشبه أهلها ، ونزع إليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تخيروا لنُطَفِكم ، وأنكحوا الأكفاء ، وأنكحوا إليهم » [٢].

ويختار الأجنبية ، فإن ولدها أنجب ، ولهذا يقال : اغتربوا لا تضوُوا[٣] ، يعنى انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب ، وبنات العم أصبر . ولأنه لاتؤمن العداوة فى النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق ، فإذا كان فى قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها . والله أعلم .

(باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك)

التحريم للنكاح ضربان : تحريم عين ، وتحريم جمع ، ويتنوع أيضاً نوعين : تحريم نسب ، وتحريم سبب . والأصل فى ذلك الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيكُمْ أُمَّهَاتُكُم »[٤] والآية التى قبلها والتى بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها [٥] ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه . وعن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى عليه وسلم : « إن الرضاعة تحرِّمُ ما تحرِّمُ الولادة [٦] » أخرجه مسلم ، وأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه .

---

(١) انظر (سنن النسائى مع شرحه زهر الربا حـ ٢ ص ٧٢ الميمنية ١٣١٢)

(٢) أخرجه ابن ماجه والحاكم والبيهقى عن عائشة (ف) (٣) بضم المثناة وسكون الضاد المعجمة وضم الواو ، من الضاوى وهو النحيف العليل . يقال : أضوت المرأة إذا أتت بولد ضاو ، كما يقال : أذكرت وأنثت (على هامش المخطوطة ١٨) (٤) سورة النساء آية ٢٣ (٥) وفى روايات الحديث « ولا المرأة وخالتها » انظر سنن النسائى حـ ٢ ص ٨٢ الميمنية وفى رواياته « أو خالتها » (٦) الحديث من قصة طويلة من حديث عائشة . انظر (صحيح مسلم بشرح النووى الطبعة الأولى عام ١٩٢٩ م حـ ١٠ ص ١٨ .

٥٢٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمحرمات نكاحهن بالأنساب: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، والمحرمات بالأسباب: الأمهات المرضعات، والأخوات من الرضاعة، وأمهات النساء، وبنات النساء اللاتى دُخل بهن، وحلائل الأبناء، وزوجات الأب، والجمع بين الأختين ﴾

وجملة ذلك: أن المنصوص على تحريمهن فى الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب، واثنتان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة، وواحدة بالجمع.

فأما اللواتى بالنسب فأولاهن: الأمهات، وهن: كل من انتسبت إليها بولادة، سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة، وهى التى ولدتك، أو مجازاً وهى التى ولدت من ولدك وإن علت، من ذلك. جدتاك، أم أمك، وأم أبيك، وجدتا أمك، وجدتا أبيك، وجدات جداتك، وجدات أجدادك وإن علوا، وارثات كن أو غير وارثات، كلهن أمهات محرمات.

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال: « تلك أمكم يا بنى ماء السماء » وفى الدعاء « اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء ».

والبنات، وهن: كل أنثى انتسبت إليك بولادتك، كابنة الصلب، وبنات البنين والبنات، وإن نزلت درجتهن، وارثات أو غير وارثات، كلهن بنات محرمات، لقوله تعالى: «وبَنَاتُكُمْ »[1] فإن كل امرأة بنت آدم، كما أن كل رجل ابن آدم، قال الله تعالى: « يا بَنِي آدَمَ »[2].

والأخوات من الجهات الثلاث، من الأبوين أو من الأب، أو من الأم، لقوله تعالى: «وَأَخَوَاتُكُم» ولا تفريع علبهن، والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث، وأخوات الأجداد من قبل الأب، ومن قبل الأم، قريباً كان الجد أو بعيداً، وارثاً أو غير وارث، لقوله تعالى: « وَعَمَّاتُكُم » والخالات أخوات الأم من الجهات الثلاث، وأخوات الجدات وإن علون، وقد ذكرنا أن كل جدة أم، فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة، لقوله: « وَخَالاَتُكُم ».

وبنات الأخ: كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهى بنت أخ محرمة، من أى جهة كان الأخ لقوله تعالى: « وَبَنَاتُ الأخ » وبنات الأخت كذلك أيضاً محرمات، لقوله سبحانه « وبَنَاتُ الأُخْت » فهؤلاء المحرمات بالأنساب.

النوع الثانى: المحرمات تحريم السبب وهو قسمان: رضاع، ومصاهرة.

فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان: الأمهات المرضعات، وهن اللاتى أرضعنك وأمهاتهن

(١) سورة النساء آية ٢١ . (٢) سورة الأعراف آية ١٦، ١٧، ٣١ .

وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرنا فى النسب محرمات بقوله تعالى : « وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاتى أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ » كل امرأة أرضعتك أمها ، أو أرضعتها أمك ، أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة ، أو ارتضعت أنت وهى من لبن رجل واحد ، كرجل له امرأتان لهما منه لبن ، أرضعتك إحداهما ، وأرضعتها الأخرى فهى أختك محرمة عليك لقوله سبحانه « وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ » .

القسم الثانى . تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع : أمهات النساء ، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع ، قريبه أو بعيدة ، بمجرد العقد ، نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وعمران بن حصين ، وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن على رضى الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها ، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول .

ولنا قول الله تعالى : « وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ » والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها فى عموم الآية قال ابن عباس : أبهموا ما أبهم القرآن ، يعنى عمموا حكمها فى كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . ويروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من تزوّج امرأة فطلقها قبل أنْ دَخَل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ، ولا يحل له أن يتزوج أمها » . رواه أبو حفص بإسناده . وقال زيد : تحرم بالدخول أو بالموت ، لأنه يقوم مقام الدخول ، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً ، سواء وجد الدخول أو الموت أولا ، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم ، فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب .

الثانية : بنات النساء اللاتى دخل بهن ، وهن الربائب ، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة ، وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا فى البنات ، إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت فى حجره أو لم تكن ، فى قول عامة الفقهاء ، إلا أنه روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن فى حجره وهو قول داود ؛ لقول الله تعالى : « وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُمْ » قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول .

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو فى هذا ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : لأم حبيبة: « لا تعرضن على بناتكن ولا أخواتكن » . ولأن التربية لا تأثير لها فى التحريم كسائر المحرمات فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط . وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها . وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه .

وإن لم يدخل بامرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه ، إلا أن تموت قبل الدخول ففيه روايتان :

إحداهما : تحرم ابنتها ، وبه قال زيد بن ثابت ، وهي اختيار أبي بكر . لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق ، فيقوم مقامه في تحريم الربيبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول علي ، ومذهب عامة العلماء. قال ابن المنذر ؛ وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها ، كذلك قال مالك والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ومن تبعهم . لأن الله تعالى قال : « مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ »[1] ، وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف . وحديث عبد الله بن عمرو وقد ذكرناه ، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق، والموت لا يجرى مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ، ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ، ونص رسوله لقياس ولا غيره .

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها ، كَنَى عنه بالدخول ، فان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها ، لأنها غير مدخول بها ، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله ؛ فإن خلا بها ، وقال : لم أطأها ، وصدقته لم يلتفت إلى قولها ، وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، وفي الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجمان، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الأبناء ، يعني أزواجهم ، سميت امرأة الرجل حليلة لأنها تحل إزار زوجها ، وهي محللة له ؛ فيحرم على الرجل أزواج أبنائه ، وأبناء بناته من نسب أو رضاع ، قريباً كان أو بعيداً ، بمجرد العقد ، لقوله تعالى :« وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُم »[2] ولا نعلم في هذا خلافاً .

الرابعة : زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه ، قريباً كان أو بعيداً ، وارثاً كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى : « وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ »[3] وقال البراء ابن عازب : «لقيت خالي ومعه الراية فقلت : أين تريد؟ قال : أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله » . رواه النسائي . وفي رواية قال « لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية» . فذكر الخبر كذلك . رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أم امرأة جده لأبيه ، وجده لأمه ، قرب أو بعد ، وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علمناه والحمد لله، ويحرم

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) سورة النساء آية ٢٢

عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة ، كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح . قال ابن المنذر : الملك هنا والرضاع بمنزلة النسب ، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء ، وطاوس ، والحسن ، وابن سيرين ، ومكحول وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نحفظ عن أحد خلافهم .

الضرب الثاني : تحريم الجمع . والمذكور في الكتاب الجمع بين الأختين ، سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، من أبوين كانتا أو من أب أو أم ، وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده ، لعموم الآية . فإن تزوجهما في عقد واحد فسد ، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى ، وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح ، لأنه لم يحصل فيه جمع ، ونكاح الثانية باطل ، لأن به يحصل الجمع ، وليس في هذا بحمد الله اختلاف ، وليس عليه تفريع .

٥٢٨٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ﴾ .

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع ، وهن : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت على الوجه الذي شرحناه في النسب ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »(١) . متفق عليه وفي رواية مسلم : « الرضاع يحرّم ما تحرّم الولادة » وقال النبي صلى الله عليه وسلم في درة بنت أبي سلمة : « إنها لو لم تكن ربيبتي في حجري ما حلت لي ، إنها ابنة أخي من الرضاعة ، أرضعتني وأباها ثويبة » متفق عليه . لأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن ، والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ، ولا نعلم في هذا خلافاً .

٥٢٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولبن الفحل محرّم ﴾

معناه : أن المرأة إذا أرضعت طفلا بابن ثاب من وطء رجل(٢) ، حرم الطفل على الرجل وأقاربه ، كما يحرم ولده من النسب ، لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة ، فيصير الطفل ولد الرجل ، والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوته ، سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته ، قال أحمد : لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا ، وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية ، والأخرى

(١) وانظر سنن النسائي ج٢ ص ٨٢ الميمنية .

(٢) علق ناشروا النسخ المطبوعة على هذا الموضع بقولهم : هكذا في الأصول . وكأنه لا معنى له . ولكن المراد من لبن مولود نشأ من رجل وطيء بكرا فحملت فدر لبنها (ف) .

غلاما ، فقال : لا ، اللقاح واحد . قال الترمذى : هذا تفسير لبن الفحل . وممن قال بتحريمه : على ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، والشعبى ، والقاسم ، وعروة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . قال ابن عبد البر : وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز ، والعراق ، والشام ، وجماعة أهل الحديث .

ورخص فى لبن الفحل سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ابن يسار ، ، والنخعى ، وأبو قلابة . ويروى ذلك عن ابن الزبير ، وجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، غير مسمين ، لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل . ويروى عن زينب بنت أبى سلمة : «أنها أرضعتها أسماء بنت أبى بكر ، امرأة الزبير ، قالت . وكان الزبير يدخل على وأنا أمتشط ، فيأخذ بقرن من قرون رأسى ، فيقول : أقبلى على فحدثينى ، أراه والداً ، وما ولد ، فهم إخوتى » . ثم إن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلىّ أم كلثوم ابنتى ، على حمزة بن الزبير ، وكان حمزة للكلبية ، فقلت لرسوله : وهل تحل له؟ وإنما هى ابنة أخيه ؟ فقال عبد الله : إنما أردت بهذا المنع لما قبلك ، أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك ، وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة ، فأرسلى فسلى عن هذا . فأرسلت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون ، فقالوا لها : إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً ، فأنكحتها إياه ، فلم تزل عنده حتى هلك عنها » .

ولنا : ما روت عائشة رضى الله عنها : « أن أفلح أخا أبى القعيس ، استأذن علىّ بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى ، ولكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس ، فدخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله ، إن الرجل ليس هو أرضعنى ، ولكن أرضعتنى امرأته قال : ائذنى له فإنه عمك تربت يمينك[1] » . قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه ، وهذا نص قاطع فى محل النزاع ، فلا يعول على ما خالفه ، فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا ، فإن الزبير كان يعتقد أنها[2] ابنته ، وتعتقده أباها . والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم ، وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه ، وقول قوم لا يعرفون .

---

(١) هذه الرواية فى سنن النسائى جـ ٢ ص ٨٣ ، وذكر روايات أخرى باختلاف يسير فى اللفظ . وانظر البخارى جـ ٧ ص ١٦ — ١٧

(٢) فى المخطوطة ١٨ : كان يعتقدها ابنته .

٥٢٨٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والجمع بين المرأة وبين عمتها ، وبينها بين خالتها ﴾

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به ، وليس فيه بحمد الله اختلاف ، إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك[١] ، ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهى ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يُجْمَعُ بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » ، متفق عليه ، وفى رواية أبى داود : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى » ، ولأن العلة فى تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب ، وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، وهذا موجود فيما ذكرنا . فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه : « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ » خصّصناه بما رويناه .

وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز ، فكان مما أنكرا عليه رجم الزانيين[٢] ، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبينها وبين خالتها ، وقالا : ليس هذا كتاب الله تعالى . فقال لهما : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالا : خمس صلوات فى اليوم والليلة ، وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك ، وسألهما عن مقدار الزكاة ونصابها فأخبراه . فقال : فهل تجدان ذلك فى كتاب الله ؟ قالا : لا نجده فى كتاب الله ، قال : فمن أين صرتما إلى ذلك ؟ قالا : فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والمسلمون بعده . قال : فكذلك هذا . ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً ، كعمات آبائها ، وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن ، وإن علت درجتهن ، من نسب كان ذلك أو من رضاع ، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة ، لا يجوز الجمع بينهما ، لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة ، لما فى الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها فى العقد لما ذكرناه[٣] ، ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين ، فإذا لم يجمع بين الأختين ، فالمرأة وابنتها أولى .

٥٢٨٨ (فصـــل)

ولا يحرم الجمع بين ابنتى العم وابنتى الخال فى قول عامة أهل العلم ، لعدم النص فيهما بالتحريم ، ودخولهما

---

(١) والإسماعيلية كذلك ، بل لقد بالغوا حتى قالوا بحل البنات . انظر (عقائد الباطنية لليمانى) فقد عقد فصلا طويلا لتأييد تلك البدعة . (٢) فى المطبوعة : الزانى

(٣) على هامش المخطوطة ١٨ : فى عقد واحد . من نسخة أخرى . ولم نجد هذه الرواية فيما بين أيدينا من مخطوطات الكتاب .

فى عموم قوله تعالى : « وأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ »[١] ولأن إحداها تحل لها الأخرى لو كانت ذكراً ، وفى كراهة ذلك روايتان .

إحداهما : يكره ، روى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال جابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وسعيد ابن عبد العزيز ، وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة » . ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ، فأقل أحواله الكراهة .

والأخرى : لا يكره ، وهو قول سليمان بن يسار ، والشعبى ، وحسين بن حسن ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، لأنه ليست بينهما قرابة تحرّم الجمع ، فلا يقتضى كراهته كسائر الأقارب .

٥٢٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه ، وحرمت عليه أمها ، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب ، وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها ، لقول الله تعالى : « وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ »[٢] وهذه من حلائل أبنائه . وتحرم على ابنه[٣] لقوله سبحانه : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ »[٤] وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه : « وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ »[٥] وهذه منهن . وليس فى هذا اختلاف بحمد الله ، إلا شىء ذكرناه فيما تقدم[٦] ، والجد كالأب فى هذا ، وابن الابن كالابن فيه ، لأنهم يدخلون فى اسم الآباء والأبناء ، وسواء فى هذا القريب والبعيد ، والوارث وغيره ، من قبل الأب والأم ، ومن ولد البنين ، أو ولد البنات ، وقد تقدم ذلك .

٥٢٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكل من ذكرناه من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن فى التحريم كهن ، إلا بنات العمات والخالات ، وبنات من نكحهن الآباء والأبناء ، فإنهن محللات ، وكذلك بنات الزوجة التى لم يدخل بها ﴾

وجملة ذلك : أن كل محرمة تحرم ابنتها ، لتناول التحريم لها ، فالأمهات تحرم بناتهن ، لأنهن

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) فى جمع الأصول: أبية. والسياق يقتضى ما أثبتناه
(٤) سورة النساء آية ٢٢ (٥) سورة النساء آية ٢٣ (٦) انظر المسألة ٥٢٨٧

أخوات أو عمات أو خالات ، والبنات يحرم بناتهن ، لأنهن بنات ، ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخت ، وكذلك بنات بنات الأخ . إلا بنات العمات والخالات ، فلا يحرمن بالإجماع ، لقول الله تعالى : « وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالاَتِكَ »[١] فأحلهن الله لنبيه عليه السلام ، ولأنهن لم يذكرن في التحريم ، فيدخلن في قول الله تعالى : « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ »[٢] وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء ، لأنهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء ، ولم يوجد ذلك في بناتهن ، ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن ، فدخلن في قوله سبحانه : « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[٣] وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ »[٤] وهن : الربائب ، وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن ، وإنما ذكرها لأنها محللة ، فيشتبه حكمها ، فإن قيل : لم حرمت ابنة الربيبة ، ولم تحرم ابنة حليلة الابن ؟ قلنا : لأن ابنة الربيبة ربيبة ، وابنة الحليلة ليست حليلة ، ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر إليها ، والخلوة بها ، بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في ابنتها وإن سفلت ، والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها ، ولا يوجد ذلك في ابنتها .

٥٢٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ووطء الحرام محرِّم ، كما يحرم وطء الحلال والشبهة ﴾

يعني : أنه يثبت به تحريم المصاهرة . فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها وابنتها ، كما لو وطئها بشبهة ، أو حلالا ، ولو وطيء أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته ، نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .

وروى عن ابن عباس أن الوطء الحرام[٥] لا يحرم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ويحيى بن يعمر ، وعروة ، والزهري ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحرِّم الحرامُ الحلال » . ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً ، فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولنا : قوله تعالى : « وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ »[٦] والوطء يسمى نكاحاً ، قال الشاعر :

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠ (٢) سورة النساء آية ٢٤ (٣) سورة النساء آية ٢٤
(٤) سورة النساء آية ٢٣ (٥) في المخطوطة ٢٠ : أن وطء الحرام (٦) سورة النساء آية ٢٣

* إذا زنيت فأجد نكاحاً *

فحمل فى عموم الآية ، وفى الآية قرينة تصرفه إلى الوطء ، وهو قوله سبحانه وتعالى : « إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً »[1] وهذا التغليظ إنما يكون فى الوطء ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » . وروى الجوزجانى بإسناده عن وهب بن منبه قال : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ، ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة ، فأفسده الوطء الحرام كالإحرام، وحديثهم لا نعرف صحته، وإنما هو من كلام ابن أسوع، بعض قضاة العراق ، كذلك قال الإمام أحمد . وقيل : إنه من قول ابن عباس ، ووطء الصغيرة ممنوع ، ثم يبطل بوطء الشبهة .

٥٢٩٢ (فصل)

والوطء على ثلاثة أضرب :

مباح ، وهو الوطء فى نكاح صحيح ، أو ملك يمين ، فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ، ويعتبر محرما لمن حرمت عليه ، لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح ، أشبه النسب .

الثانى : الوطء بالشبهة ، وهو الوطء فى نكاح فاسد ، أو شراء فاسد ، أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته ، أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره ، وأشباه هذا . فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطىء امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده ، وهذا مذهب مالك ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ولأنه وطء يلحق به النسب ، فأثبت التحريم كالوطء المباح ، ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ، ولا يباح له به النظر إليها ، لأن الوطء ليس بمباح ، ولأن المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء ، لأنها إباحة ، ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها ، فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى .

الثالث : الحرام المحض ، وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور[2] ، ولا تثبت به المحرمية ، ولا إباحة النظر ، لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ، ولا يثبت به نسب ، ولا يجب به المهر إذا طاوعته فيه .

---

(١) سورة النساء آية : ٢٣

(٢) أنظر المسألة ٥٢٩١

٥٢٩٣ (فصـــــل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا فى القبل والدبر ، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وُجد فى الزوجة والأمة ، فكذلك فى الزنا ، فإن تلوّط بغلام فقال بعض أصحابنا : يتعلق به التحريم أيضاً ، فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته ، وعلى الغلام أم اللائط وابنته ، قال : ونص عليه أحمد ، وهو قول الأوزاعى ، لأنه وطء فى الفرج ، فنشر الحرمة كوطء المرأة ، ولأنها بنت من وطئه وأمه ، فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى . وقال أبو الخطاب : يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج ، يكون فيه روايتان ، والصحيح : أن هذا لا ينشر الحرمة ، فإن هؤلاء غير منصوص عليهن فى التحريم ، فيدخلن فى عموم قوله تعالى : « وأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ »[1] ولأنهن غير منصوص عليهن ، ولا فى معنى المنصوص عليه ، فوجب ألا يثبت حكم التحريم فيهن ، فإن المنصوص عليهن فى هذا حلائل الأبناء ، ومن نكحهن الآباء ، وأمهات النساء وبناتهن ، وليس هؤلاء منهن ، ولا فى معناهن ، لأن الوطء فى المرأة يكون سبباً للبضعية[2] ، ويوجب المهر ، ويلحق به النسب ، وتصير به المرأة فراشاً ، ويثبت أحكاماً لا يثبتها اللواط ، فلا يجوز إلحاقه بهن ، لعدم العلة ، وانقطاع الشبه ، ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم ، فههنا أولى ، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به ، واطراح النص بمثله .

٥٢٩٤ (فصـــــل)

ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا ، وأخته ، وبنت ابنه ، وبنت بنته ، وبنت أخيه ، وأخته من الزنا ، وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعى فى المشهور من مذهبه : يجوز ذلك كله ، لأنها أجنبية منه ، ولا تنسب[3] إليه شرعاً ، ولا يجرى التوارث بينهما ، ولا تعتق عليه إذا ملكها ، ولا تلزمه نفقتها ، فلم تحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا : قوله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ »[4] وهذه بنته ، فإنها أنثى مخلوقة من مائه ، هذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، ويدل على ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى امرأة هلال ابن أمية : « انظروه يعنى ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء[5] » يعنى : الزانى ، ولأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ، ولأنها بضعة منه ، فلم تحل له كبنته من النكاح ، وتخلف بعض الأحكام لا ينفى كونها بنته ، كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين .

---

(١) سورة النساء : آية ٢٤ (٢) فى المخطوطة ١٨ : سببا للبعضية (٣) فى المخطوطات : لاتنتسب

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ (٥) أخرجه الجماعة إلا سالما والنسائى من حديث فى اللعان وفيه : « فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين ، خدلج الساقين فهو لشريك » (ف)

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين علمه بكونها منه ، مثل : أن يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ، ثم يحفظها حتى تضع ، أو مثل : أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ، فإنها تحرم على جميعهم لوجهين. أحدهما : أنها بنت موطوءتهم. والثاني : أننا نعلم أنها بنت بعضهم ، فتحرم على الجميع ، كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما ، وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم ، فإن ألحقتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ، ولم تحل لأحد ممن وطىء أمها ، لأنها في معنى ربيبته .

٥٢٩٥ (فصــــل)

ووطء الميتة يحتمل وجهين . أحدهما : ينشر الحرمة . لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة ، فلم يختص بالحياة كالرضاع . والثاني : لا ينشرها ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي . لأنه ليس [بسبب] للبضعية [1] ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء ، والموت يبطل المنافع ، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم ، وإنشاز العظم ، وهذا يحصل من لبن الميتة .

وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان . أحدهما : ينشرها ، وهو قول أبي يوسف ، لأنه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة . والثاني : لا ينشرها ، وهو قول أبي حنيفة . لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة.

٥٢٩٦ (فصــــل)

فأما المباشرة فيما دون الفرج فإن كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه ، وإن كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً . قال الجوزجاني : سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة ، أو قبلها أو باشرها ، فقال : أنا أقول : لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع ، وكذلك نقل أحمد بن القاسم ، وإسحق بن منصور ، وإن كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها . قال ابن عباس : لا يحرم الربيبة إلا جماع أمها ، وبه قال طاوس ، وعمرو بن دينار . لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ » [2] وهذا ليس بدخول ، فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشر لها وابنه ، فإنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ، فلا يظهر للمباشرة أثر .

وأما الأمة : فمتى باشرها دون الفرج لشهوة ، فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان :

إحداهما : ينشرها ، روى ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، ومسروق ، وبه قال القاسم ، والحسن ، ومكحول ، والنخعي ، والشعبي ، ومالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، وعلي بن المديني ، وهو

---

(١) في المخطوطة ١٨ : للبعضية . (٢) سورة النساء : ٢٣

أحد قولى الشافعى . لأنه نوع استمتاع ، فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء فى الفرج ، ولأنه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطىء .

والثانية : لا يثبت به التحريم ، لأنها ملامسة لا توجب الغسل ، فلم يثبت بها التحريم ، كما لو لم يكن بشهوة ، لأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ، ولا نص فى هذا ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، ولا المجمع عليه ، فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والإحصان ، والاغتسال والعدة ، وإفساد الإحرام ، والصيام ، بخلاف اللمس ، وذكر أصحابنا الروايتين فى جميع الصور من غير تفصيل ، وهذا الذى ذكرناه أقرب إلى الصواب إن شاء الله سبحانه[1]

٥٢٩٧ (فصل)

ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة[2] فهو كلمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان .

إحداهما : ينشر الحرمة فى الموضع الذى ينشرها اللمس ، روى عن عمر ، وابن عمر ، وعامر بن ربيعة — وكان بدرياً ، وعبد الله بن عمرو ، فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها ، لا يحل لابنه وطؤها ، وهو قول القاسم ، والحسن ، ومجاهد ، ومكحول ، وحماد ابن أبى سليمان ، وأبى حنيفة ، لما روى عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من نظر إلى فَرْج امرأة لم تحلّ له أمُّها وابنتُها » . وفى لفظ : «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » .

والثانية : لا يتعلق به التحريم ، وهو قول الشافعى ، وأكثر أهل العلم ، لقوله تعالى : « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ » ، ولأنه نظر من غير مباشرة فيما يوجب التحريم ، كالنظر إلى الوجه ، والخبر ضعيف . قاله الدارقطنى . وقيل : هو موقوف على ابن مسعود ، ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء .

وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة ، وقال بعض أصحابنا : لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة ، والصحيح خلاف هذا ، فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ، ولا خلاف نعلمه فى أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمةَ ، فكذلك غيره ، ولا خلاف أيضاً فى أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة ، لأن اللمس الذى هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة ، فالنظر أولى وموضع الخلاف فى اللمس والنظر فيمن بلغت سناً يمكن الاستمتاع منها ، كابنة تسع فما زاد ، فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك . وقد روى عن أحمد فى بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها . قال القاضى : هذا عندى محمول على السن الذى توجد معه الشهوة .

٥٢٩٨ (فصل)

فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه فى التحريم حكم نظره إليها . نص عليه أحمد ، لأنه معنى

---

(١) فى المخطوطات : إن شاء الله تعالى . (٢) فى المخطوطة ١٨ لشهوة .

يوجب التحريم ، فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغى أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا .

٥٢٩٩ (فصـــــل)

فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة ، وقد روى عن أحمد : إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ، ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها . قال القاضى : هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة ، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناها ، فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر فى تحريم الربيبة ، لما فى ذلك من مخالفة قوله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ » [1] وقوله : (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذَلِكُمْ) [2] وأما الخلوة بأجنبية أو أمة فلا تنشر تحريماً ، لا نعلم فى ذلك خلافاً ، وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين ، لأنه إذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى .

٥٣٠٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع فى عقد واحد فسد ، وإن تزوجهما فى عقدين فالأولى زوجته ، والقول فيهما القول فى المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ﴾

وجملة ذلك : أن الجمع بين المرأة وأختها ، أو عمتها أو خالتها محرم ، فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد فى واحدة منهما ، لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ، ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين . وهكذا لو تزوج خمسة فى عقد واحد بطل فى الجميع لذلك ، وإن تزوجهما فى عقدين فنكاح الأولى صحيح ، لأنه لا جمع فيه ، ونكاح الثانية باطل ، لأن الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ، ويزول نكاحها وعدتها .

٥٣٠١ (فصـــــل)

فإن تزوجهما فى عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معاً . قال أحمد فى رجل تزوج أختين لا يدرى أيتهما تزوج أولا : نفرق بينه وبينهما ، وذلك لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ، ولا نعرف المحللة له ، فقد اشتبهتا عليه ، ونكاح إحداهما يصح ، ولا نتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما ، فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ، ولم يعرف الأول منهما ، وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ، ولا يخلو من ثلاثة أقسام .

أحدها : ألا يكون دخل بواحدة منهما ، فله أن يعقد على إحداهما فى الحال بعد فراق الأخرى .

الثانى : إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التى لم يصبها بطلقة ، ثم ترك المصابة حتى تنقضى

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٤

عدتها ، ثم نكحها، لأننا لا نأمن أن تكون هي الثانية ، فيكون قد أصابها في نكاح فاسد ، فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها. ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال ، لأن النسب لاحق به . ولا يصان ذلك عن مائة ، وإن أحب نكاح الأخرى فارق المصابة بطلقة ، ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما ، فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى من حين أصابها .

وإن ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً فالنسب لاحق به ، لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد ، وكلاهما يلحق النسب فيه ، وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة .

٥٣٠٢ (فصـــــل)

فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلأحدهما نصف المهر، ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه. وإن لم يفعلا أقرع بينهما، فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها . وقال أبو بكر : اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول ، وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر ، وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها ، وإن وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى ، وللمصابة المسمى جميعه ، وإن أصابهما معاً فلإحداهما المسمى ، والأخرى مهر المثل ، يقرع بينهما فيه إن قلنا : إن الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل ، وإن قلنا : بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحدة منهما .

٥٣٠٣ (فصـــــل)

قال أحمد : إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها ، اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية ، إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجُزْ له حتى تنقضي عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها .

٥٣٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معاً ، بأن يكون لرجل أخت وابنة عم ، إحداهما رضيعة المتزوج، فيقول له : زوجتكهما معاً. فيقبل ذلك. فالمنصوص ههنا صحة نكاح الأجنبية . ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل فيه روايتان .

إحداهما : يفسد فيهما ، وهو أحد قولي الشافعي ، واختيار أبي بكر ، لأنها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراماً ، فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

والثانية : يصح في الحرة ، وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهله ، لم يجتمع معها فيه مثلها ، فصح كما لو انفردت به ،

وفارق العقد على الأختين ، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى ، وههنا قد تعينت التى بطل النكاح فيها ، فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه . وفيه وجه آخر : أن لها نصف المسمى ، وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد ، هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتى ذكرهما إن شاء الله .

٥٣٠٥ (فصـــــــل)

ولو تزوج يهودية ومجوسية، أو محللة ومحرمة فى عقد واحد، فسد فى المجوسية والمحرمة . وفى الأخرى وجهان . وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد فى الأمة ، وفى الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الحرتين ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما ، لأن الجمع بينهما محرم ، فلم يصح فيهما كالأختين .

٥٣٠٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما لم يصب الأخرى حتى تحــرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ، ويعــلم أنها ليست بحامل . فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ستة :

٥٣٠٧ الفصل الأول

أنه يجوز الجمع بين الأختين فى الملك بغير خلاف بين أهل العلم ، وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها . ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها ، لأن الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية . والمعتدة والمزوجة ، والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة .

٥٣٠٨ الفصل الثانى

أنه لا يجوز الجمع بين الأختين من إمائه فى الوطء . نص عليه (أحمد)[١] فى رواية الجماعة . وكرهه عمر ، وعثمان ، وعلى ، وعمار ، وابن عمر ، وابن مسعود . وممن قال بتحريمه : عبيد الله بن عبدالله بن عتبة ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، ومالك ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وروى عن ابن عباس أنه قال: «أحلتهما آية ، وحرمتهما آية ، ولم أكن لأفعله » . ويروى ذلك عن علىّ أيضاً ، يريد بالمحرمة قوله : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ [٢] » وبالمحللة قوله تعــالى : « إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَــانُهُمْ [٣] »

---

(١) الكلمة ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا .

(٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) سورة النساء آية ٦

وقد روى ابن منصور عن أحمد ، وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين ، أحرام هو ؟ قال : لا أقول حرام ، ولكن ننهى عنه . فظاهر هذا[1] أنه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر : لا يحرم استدلالا بالآية المحللة ، لأن حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الإماء . ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر ، وتباح في الإماء بغير حصر ، والمذهب تحريمه للآية المحرمة ، فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً ، بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن ، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن ، وهذه منهن ، ولأنها امرأة صارت فراشاً فحرمت أختها كالزوجة .

٥٣٠٩ الفصل الثالث

أنه إذا كان في ملكه أختان فله وطء إحداهما ، في قول أكثر أهل العلم ، وقال الحكم وحماد : لا يقرب واحدة منهما ، وروي ذلك عن النخعي ، وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد .

ولنا : أنه ليس يجمع بينهما في الفراش ، فلم يحرم كما لو كان في ملكه إحداهما فقط .

٥٣١٠ الفصل الرابع

أنه إذا وطيء إحداهما فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج ، هذا قول علي ، وابن عمر ، والحسن ، والأوزاعي ، وإسحاق ، والشافعي ، فإن رهنها لم تحل له أختها ، لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ، ولهذا يحل له بإذن المرتهن في وطئها ، ولأنه يقدر على فكها متى شاء ، واسترجاعها إليه ، وقال قتادة : إن استبرأها حلت له أختها ، لأنه قد زال فراشه ، ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى ، فأشبه مالو زوجها .

ولنا : قول علي وابن عمر ، ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له ، فأشبه ما لوطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده إليها ، فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما ، وإن حرم إحداهما على نفسه لم تبح الأخرى ، لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين ، يُكَفَّر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة ، فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام ، وإن كاتب إحداهما فظاهر كلام الخرقي : أنه لا تحل له الأخرى ، وقال أصحاب الشافعي : تحل له الأخرى ، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على دفعه ، فأشبه التزويج .

ولنا : أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما ، فلم تبح له أختها كالمرهونة .

---

(١) في المطبوعة وظاهر هذا .

٥٣١١ الفصل الخامس

أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء المخرجة ، ويعلم براءتها من الحمل، ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها ، لأنه يكون جامعاً ماءه فى رحم أختين ، بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها .

٥٣١٢ (فصل)

فإن وطىء أمتيه الأختين معاً فوطء الثانية محرم ، ولا حد فيه ، لأن[1] وطئه فى ملكه ، ولأنها مختلف فى حكمها[2] وله سبيل إلى استباحتها ، بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ، ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى ويستبرئها . وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : الأولى باقية على الحل ، لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال ، إلا أن القاضى قال : لا يطؤها حتى يستبرىء الثانية .

ولنا : أن الثانية قد صارت فراشا له ، يلحقه نسب ولدها ، فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم : إن الحرام لا يحرم الحلال ، ليس بخبر صحيح ، وهو متروك بما لو وطىء الأولى فى حيض أو نفاس أو إحرام حرمت عليه أختها ، وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد ، وكذلك لو وطىء امرأة بشبهة فى هذا الحال . ولو وطىء امرأة حرمت عليه ابنتها ، سواء وطئها حراما أو حلالا .

٥٣١٣ الفصل السادس

أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ، ثم عادت الأولى إلى ملكه ، فليس له وطء إحداهما ، حتى تحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج ، نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعى لا يحرم عليه واحدة منهما ، لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبه ما لو وطىء أمة ثم اشترى أختها.

ولنا : أن هذه صارت فراشاً، وقد رجعت إليه التى كانت فراشاً ، فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً ، كما لو انفردت به .

فأما إن استفرش أمة واشترى أختها ، فإن المشتراة لم تكن فراشاً له ، بل هى محرمة عليه بافتراش أختها . ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ، ثم عادت إليه قبل وطء أختها ، فهى حلال له ، وأختها محرمة عليه ، لأن أختها فراشه .

٥٣١٤ (فصل)

وحكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة[3] فيما يرجع إلى تحريم الأخت

(١) فى المطبوعة : ولأن . (٢) فى المخطوطة ١٨ : ٢٢ فى حلها . (٣) فى المخطوطة ١٨ لشهوة .

كحكمه فى تحريم الربيبة ، والصحيح أنه لا يحرم ، لأن الحل ثابت بقوله : « إلاّ ما مَلَكَتْ أيمانُكُمْ » ومخالفة ذلك إنما ثبتت بقوله : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْن » والمراد به : الجمع فى العقد أو الوطء ، ولم يوجد واحد ، منهما ، ولا ما فى معناهما .

٥٣١٥ (فصـــــل)

وإن وطىء أمته ثم أراد نكاح أختها ، فقد سئل أحمد عن هذا فقال : لا يجمع بين الأختين الأمتين . فيحتمل أنه أراد : أن النكاح لا يصح ، وهى إحدى الروايات عن مالك . قال القاضى : هو ظاهر كلام أحمد ، لأن النكاح تصير به المرأة فراشاً ، فلم يجز أن ترد على فراش الأخت كالوطء ، ولأنه فعل فى الأخت ما ينافى إباحة أختها المفترشة ، فلم يجز كالوطء .

ويحتمل : أن يصح النكاح ، ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أختها ، وهو مذهب أبى حنيفة . قال أبو الخطاب : وهو ظاهر كلام أحمد ، لأنه سبب يستباح به الوطء، فجاز أن يرد على وطء الأخت . ولا يبيح كالشراء . وقال الشافعى : يصح النكاح ، وتحل له المنكوحة ، وتحرم [عليه] أختها، لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين ، فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى .

ووجه الأول : ما ذكرنا، ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع ، فمنع صحة نكاحها كالزوجية ، ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ، ولهذا صح شراء الأختين ، ومن لا يحل له ، وقولهم : النكاح أقوى من الوطء ممنوع ، وإن سلم فالوطء أسبق ، فيقدم ، ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه ، كالعدة تمنع ابتداء نكاح الأخت ، وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأمها ، ولأن هذا بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها ، لكونه لم يستبرىء الموطوءة .

٥٣١٦ (فصـــــل)

فإن زوج الأمة الموطوءة ، أو أخرجها عن ملكه ، فله نكاح أختها ، فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجية بحالها ، وحلها باق ، لأن النكاح صحيح ، وهو أقوى ولا تحل له الأمة . وعنه : أنه ينبغى أن تحرم إحداهما ، لأن أمته التى كانت فراشاً قد عادت إليه ، والمنكوحة مستفرشة . فأشبه أمتيه التى وطىء إحداهما بعد تزويج الأخرى ، ثم طلق الزوج أختها ، وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له ، لأن النكاح كالوطء ، فأشبه مالو وطىء أمته ثم اشترى أختها ، فإن وطىء أمته حرمت عليه حتى يستبرىء الأمة ، ثم تحل له زوجته دون أمته ، لأن النكاح أقوى وأسبق ، وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعاً لمائه فى رحم أختين . ويحتمل أن يحرما عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالأمتين .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٤

٥٣١٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ وعمة الأم وخالتها فى ذلك كأختها ﴾

يعنى فى تحريم الجمع بينهما فى الوطء ، والتفصيل فيهما كالتفصيل فى الأختين على ما ذكرنا .

٥٣١٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها ﴾

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزا لا بأس به ، فعله عبد الله بن جعفر ، وعبد الله بن صفوان بن أمية . وبه قال سائر الفقهاء ، إلا الحسن ، وعكرمة ، وابن أبى ليلى ، رويت عنهم كراهيته ، لأن إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى . فأشبه المرأة وعمتها .

ولنا : قول الله تعالى : « وأحلَّ لـكُم ما وراء ذلـكم » ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيتين ، ولأن الجمع حرم خوفا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناســـبين ، ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكروه .

٥٣١٩ (فصــــل)

ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ، ولها بنت من غيره ، أو كان له بنت ولها ابن ، جاز تزويج أحدهما من الآخر فى قول عامة الفقهاء . وحكى عن طاوس كراهيته إذا كان ممن ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها . والأول أولى لعمــوم الآية ، والمعنى الذى ذكرناه ، فإنه ليس بينهما نسب ، ولا سـبب يقتضى التحريم ، وكونه أخاً لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم ، فبقى على الإباحة لعموم الآية ، ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عماً لولد ولديهما ، وخالا .

٥٣٢٠ (فصــل)

وإن تزوج امرأة . لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبـيه ولا ابنه ، فمتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم . فإذا ولد لـكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الأب ، وولد الأب عم ولد الابن[1] . ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال : يا أمير المؤمنين ، إنى تزوجت امرأة وزوجت ابنى بأمها ، فأخبرنا ، فقال عبد الملك : إن أخبرتنى بقرابة ولدك من ولد ابنك أخبرتك ، فقال الرجــل : يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذى وليته قائم سيفك إن علم ذلك فلا تخبرنى ، فقــال العريان : أحدهما عم الآخر والآخر خاله .

(١) فى المخطوطات قدم ولد الأب على ولد الابن : ففى الفقرة تقديم وتأخير .

٥٣٢١ (فصل)

وإذا تزوج رجل بامرأة، وزوج ابنه بنتها أو أمها، فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها ، فإن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها، لأنه وطء شبهة ، وينفسخ به نكاحها من زوجها، لأنها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه ، ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها ، لأن الفسخ جاء من قبلها ، بتمكينها من وطئها ، ومطاوعتها عليه ، ولا شيء لزوجها على الواطىء ، لأنه لم يلزمه شيء يرجع به ، ولأن المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة ، فلم يجب على زوجها شيء ، كما لو انفردت به .

ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها ، لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول ، أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع . وينفسخ نكاح الواطىء أيضاً، لأن امرأته صارت أماً لموطوءته أو بنتاً لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة ، فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ، ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ، ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ، ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك .

٥٣٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلال للمسلمين ﴾

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب . وممن روى عنه ذلك : عمر ، وعثمان ، وطلحة ، وحذيفة ، وسلمان ، وجابر ، وغيرهم .قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك ، وروى الخلال بإسناده أن حُذيفة ، وطلحة ، والجارود بن المعلى ، وأذينة العبدى ، تزوجوا نساء من أهل الكتاب ، وبه قال سائر أهل العلم ، وحرمته الإمامية تمسكاً بقوله تعالى : « وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ [1] » ، « ولاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ [2] » .

ولنا : قول الله تعالى[3] : « الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ — إلى قوله — وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنَ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ » وإجماع الصحابة . فأما قوله سبحانه : « ولا تنكحوا المشركات » فروى عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة ، وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى ، لأنهما متقدمتان ، والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما . وقال آخرون

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢١
(٢) سورة الممتحنة آية ١٠
(٣) سورة المائدة ٥

ليس هذا نسخاً ، فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب ، بدليل قوله سبحانه : « لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ [1] » وقال: « إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهلِ الْكِتَابِ والْمُشْرِكِينَ [2] » وقال : « لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً للذين آمنُوا الْيَهُودَ والذِينَ أَشْرَكُوا [3] » وقال : «مَا يوَدُّ الذينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلا المُشْرِكِين [4] » وسائر آى القرآن يفصل بينهما . فدل على أن لفظة « المشركين » بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب . وهذا معنى قول سعيد بن جبير، وقتادة ، ولأن ما احتجوا به عام فى كل كافرة، وآيتنا خاصة فى حل أهل الكتاب ، والخاص يجب تقديمه .

إذا ثبت هـذا : فالأولى ألا يتزوج كتابية ، لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : «طلقوهن»، فطلقوهن إلا حذيفة ، فقال له عمر : طلقها . قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هى خمرة طلقها . قال: تشهد أنها حرام ؟ قال: هى خمرة . قال : قد علمت أنها خمرة ، ولكنها لى حلال ، فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أنى ركبت أمراً لا ينبغى لى » . ولأنه ربما مال إليها قلبه فقتلته ، وربما كان بينهما ولد فيميل إليها .

٥٣٢٣ (فصـــــل)

وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم : أهل التوراة والإنجيـل . قال الله تعالى : « أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنا » فأهل التوراة : اليهود والسامرة ، وأهل الإنجيل : النصارى ومن وافقهم ، فى أصل دينهم من الإفرنج ، والأرمن ، وغيرهم .

وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً ، فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ، ونص عليه الشافعى، وعلق القول فيهم فى موضع آخر. وعن أحمد أنه قال : بلغنى أنهم يسبتون [5] ، فهؤلاء إذاً يشبهون اليهود . والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود فى أصل دينهم ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوه ، وإن خالفوهم فى أصل الدين فليس هم منهم ، والله أعلم .

وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث ، وزبور داود ، فليسوا بأهل كتاب ، ولا تحل مناكحتهم ، ولا ذبائحهم . وهذا قول الشافعى ، وذكر القاضى فيهم وجها آخر : أنهم من أهل الكتاب ، وتحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ، ويقرون بالجزية ، لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله . فأشبهوا اليهود والنصارى .

---

(١) سورة البينة آية ١ (٢) سورة البينة آية ٦

(٣) سورة المائدة آية ٨٣ . (٤) سورة البقرة آية ١٠٥ .

(٥) رحم الله الإمام أحمد . فلا زالت بقايا هذه النحلة التى عرفها باقية إلى الآن ممثلة فى جماعة الأدفنست ، وشهود يهوه . انظر (الحق يحرركم) من منشورات اليهويين . ومنهم البهائية . انظر (الحجج البهية) للجرفادقانى .

ولنا : قول الله تعالى : « أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا(١) » ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها ، فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام .

٥٣٢٤ (فصـــل)

وليس للمجوس كتاب ، ولا تحل ذبائحهم، ولا نكاح نسائهم . نص عليه أحمد . وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور، فإنه أباح ذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم: « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة « تزوج مجوسية » ولأنهم يقرون بالجزية . فأشبهوا اليهود والنصارى .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ(٢) » وقوله : « وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ(٣) » فرخص من ذلك فى أهل الكتاب، فمن عداهم يبقى على العموم، ولم يثبت أن للمجوس كتابا. وسئل أحمد : أيصح عن علىّ : أن للمجوس كتابا ؟ فقال : هذا باطل . واستعظمه جداً ، ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين ، وقوله عليه السلام : « سُنُّوا بهم سنة أهل الكتاب(٤) » دليل على أنه لا كتاب لهم ، وإنما أراد به النبى صلى الله عليه وسلم فى حقن دمائهم، وإقرارهم بالجزية لا غير . وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك فى تحريم دمائهم ، فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم ، فإننا إذا غلّبنا الشبهة فى التحريم فتغليب الدليل الذى عارضته الشبهة فى التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية ، وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية ، وقال : أبو وائل يقول : « تزوج يهودية » وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية ، وقال ابن سيرين : كانت امرأة حذيفة نصرانية ، ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ، على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما إقرارهم بالجزية فلأننا غلّبنا حكم التحريم لدمائهم ، فيجب أن يغلب حكم التحريم فى ذبائحهم ونسائهم .

٥٣٢٥ (فصـــل)

وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان ، فلا خلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم وذبائحهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين، وعدم المعارض لها ، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت، لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذى انتقلت إليه فى إقرارها عليه ، ففى حلها أولى .

---

(١) سورة الأنعام : آية : ١٥٦
(٢) سورة البقرة آية ٢٢١
(٣) سورة الممتحنة آية ١٠
(٤) أخرجه البزار عن عبد الرحمن بن عوف (ف)

٥٣٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان أحد أبوى الكافرة كتابياً ، والآخر وثنياً ، لم ينكحها مسلم ﴾

وجملته : أنه إذا كان أحد أبوى الكتابية غير كتابى ، لم يحل نكاحها ، سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعى فيما إذا كان الأب غير كتابى ، لأن الولد ينسب إلى أبيه ، ويشرف بشرفه ، وينسب إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان .

ولنا : أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها ، كما لو كان أبوها وثنياً ، ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل ، فلم يحل كالسِّمْع والبغل . ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها فى عموم الآية المبيحة ، ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان ، والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك ، لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنياً ، فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى . والاحتمال الذى ذكرناه ، ثم يتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبيها .

٥٣٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب ، أجبرت على الإسلام ، فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٣٢٨ (الفصل الأول)

أن الكتابى إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه ، لا نعلم فى هذا خلافا [بين أهل العلم] فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها ، مما يستحسنه ، فالأصلى منهم لا يُقَرّ على دينه ، فالمنتقل إليه أولى ، وإن انتقل إلى [دين] المجوسية لم يُقَرَ أيضاً ، لأنه انتقل إلى أنقص من دينه ، فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد ، فأما إن انتقل إلى دين آخر من [أديان] أهل الكتاب كاليهودى يتنصر ، أو النصرانى يتهوّد ، ففيه روايتان .

إحداهما : لا يقر أيضاً ، لأنه انتقل إلى دين باطل ، قد أقر ببطلانه ، فلم يقر عليه كالمرتد .

والثانية : يقر عليه ، نص عليه أحمد . وهو ظاهر كلام الخرقى ، واختيار الخلال[1] وصاحبه ، وقول أبى حنيفة ، لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب . فأشبه المنتقل ، وللشافعى قولان كالروايتين .

فأما المجوسى إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين . وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان ، وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة[2] لعموم قوله عليه السلام : « من بدل

(١) فى المخطوطة ـ ٢٠ : واختاره الخلال . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : والمرأة والرجل فيما ذكرنا سواء .

دينه فاقتلوه[1] » . ولعموم المعنى الذى ذكرناه فيهما جميعاً .

٥٣٢٩ (الفصل الثانى)

أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام ، نص عليه أحمد ، واختاره الخلال وصاحبه . وهو أحد أقوال الشافعى ، لأن غير الإسلام أديان باطلة ، قد أقر ببطلانها، فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحمد : أنه لا يقبل إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه ، لأن دينه الأول قد أقررناه عليه مرة ، ولم ينتقل إلى خير منه ، فنقرّه عليه إن رجع إليه ، ولأنه منتقل من دين يقَر أهله عليه إلى دين لا يقَر أهله عليه ، فيقبل منه الرجوع إليه كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام .

وعن أحمد رواية ثالثة : أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء : الإسلام ، أو الرجوع إلى دينه الأول ، أو دين يقر أهله عليه ، لعموم قوله تعالى : « حَتّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُون »[2] . وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا : لا يقر . ففيه الروايتان . إحداهما : لا يقبل منه إلا الإسلام . والأخرى : لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه .

٥٣٣٠ (الفصل الثالث)

فى صفة إجباره على ترك ما انتقل إليه . وفيه روايتان

إحداهما : أنه يقتل إن لم يرجع ، رجلا كان أو امرأة ، لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولأنه ذمىّ نقض العهد ، فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة . وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين[3] .

أحدهما : يستتاب ، لأنه يُسترجَع عن دين باطل انتقل إليه ، فيستتاب كالمرتد .

والثانى : لا يستتاب ، لأنه كافر أصلى أبيح قتله ، فأشبه الحربى . فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى مايقر عليه عصم دمه ، وإلا قتل .

والرواية الثانية : عن أحمد ، قال : إذا دخل اليهودى فى النصرانية رددته إلى اليهودية ، ولم أدعه فيما انتقل إليه ، فقيل له : أتقتله ؟ قال : لا ، ولكن يضرب ويحبس ، قال : وإن كان نصرانياً أو يهودياً فدخل فى المجوسية كان أغلظ ، لأنه لا تؤكل ذبيحته ، ولا تنكح له امرأة ، ولا يترك حتى يرد إليها ، فقيل له : تقتله إذا لم يرجع ؟ قال : إنه لأهلُ ذلك[4] ، وهذا نص فى أن الكتابى المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل ، بل يكره بالضرب والحبس .

(١) أخرجه البخارى وأحمد وأبو داود والترمذى والنسائى عن ابن عباس (ف) .

(٢) سورة التوبة . آية ٢٩ . (٣) فى المخطوطة ١٨ : فيه وجهان .

(٤) فى المخطوطة ٢٠ : لأهل لذلك .

٥٣٣١ الفصل الرابع

أن امرأة المسلم الذمية إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهى كالمرتدة ، لأنه غير دين أهل الكتاب، فهى كالمرتدة ، لأن غير دين أهل الكتاب لايحل نكاح نسائهم ، فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها فى الحال ، ولا مهر لها ، لأن الفسخ من قبلها . وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة فى إحدى الروايتين ، والأخرى : ينفسخ فى الحال أيضاً .

٥٣٣٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٥٣٣٣ أحدهما

أن أمته الكتابية حلال له ، وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن ، فإنه كرهه ، لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها، فحرم التسرى بها كالمجوسية .

ولنا : قول الله تعالى : « إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِين [١] » ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم ، فحل له التسرى بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم ، لأن فيه إرقاق ولده ، وإبقاءه مع كافرة ، بخلاف التسرى :

٥٣٣٤ الفصل الثانى

أن من حرُم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب ، لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : مُرّة الهمدانى ، والزهرى ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى . قال ابن عبد البر : [جرى] على هذا جماعة فقهاء الأمصار ، وجمهور العلماء ، وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ، ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس . ووجه قوله عمومُ قوله تعالى « والْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّساءِ إلاّ ما ملكَتْ أيمانُكمُ [٢] » . والآية الأخرى.

---

(١) سوره المؤمنون : آية ٦ .

(٢) الآية من سورة النساء رقم ٢٤ . والحديث الآتى فى سببها رواه ابن جرير بخمسة أسانيد ، وتختلف المتون عما هنا اختلافاً يسيراً. وفيها : فكأن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتأثمون من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فنزلت الآية : انظر (مجمع البيان ٤/٨ دار المعارف ، وكذلك انظر مسند الإمام أحمد ٣/٧٢ حلبية. ومخطوطة إرشاد الرحمن للأجهورى فى أسباب نزول الآية) .

وروى أبو سعيد : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بعثاً قِبَل أوطاس فأصابوا منهم سبايا ، وكأن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين ، فأنزل الله عز وجل فى ذلك : « والمحصناتُ من النساءِ إلا ما ملكَتْ أيمانكُمْ » . قال : « فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن » . وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا أوطاس : « لا تُوطَأُ حاملٌ حتى تضع ، ولا غيرُ ذاتِ حمل حتى تحيض حَيْضة » . رواهما أبو داود ، وهو حديث صحيح . وهم عبدة أوثان . وهذا ظاهر فى إباحتهن ، ولأن الصحابة فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم كان أكثر سباياهم من كفار العرب ، وهم عبدة أوثان ، فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ، ولا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم تحريمهن ، ولا أمر الصحابة باجتنابهن . وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبى نَفَلها إياه ، وأخذ عمر وابنه من سبى هوزان ، وغيرهما من الصحابة ، والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبى بنى حنيفة ، وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن ، وهذا ظاهر فى إباحتهن، لولا اتفاق أهل العلم على خلافه ، وقد أجيب عن حديث أبى سعيد بأجوبة . منها : أنه يحتمل أنهن أسلمن ، كذلك روى عن أحمد ، أنه سأله محمد بن الحكم قال : قلت لأبى عبدالله : هوازن ، أليس كانوا عبدة أوثان ؟ قال : لا أدرى كانوا أسلموا أولا ؟ وقال ابن عبد البر : إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى : « وَلاَ تَنكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ »[1] .

٥٣٣٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية ﴾

لأن الله تعالى قال : « مِنْ فَتَيَاتِكُمُ المُؤْمِنَاتِ » هذا ظاهر مذهب أحمد ، رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن ، والزهرى ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث ، وإسحاق ، وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، ومجاهد ، وقال أبو ميسرة ، وأبو حنيفة : يجوز للمسلم نكاحها ، لأنها تحل [له] بملك اليمين ، فحلت بالنكاح كالمسلمة .

ونقل ذلك عن أحمد ، قال : لا بأس بتزويجها ، إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال : إنما توقف أحمد فيها[2] ، ولم ينفذ له قول . ومذهبه : أنها لا تحل ، لقول الله تعالى : « فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » فشرط فى إباحة نكاحهن الإيمان ، ولم يوجد . وتفارق المسلمة ، لأنه لا يؤدى إلى استرقاق الكافرة ولدها ، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكاً لكافر ، ويقر ملكه عليها ، وولدها

(١) سورة البقرة . آية ٢٢١ .
(٢) فى المخطوطة ١٨ : توقف فيها أحمد .

مملوك لسيدها ، ولأنه عقد اعتوره نقصان[1] ، نقص الكفر ، والملك . فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر ، وعدم الكتاب لم يبح نكاحها . ولا فرق بين الحر والعبد فى تحريم نكاحها ، لعموم ما ذكرناه من الدليل ، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه ، حرم على العبد كالمجوسية .

٥٣٣٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا لحرّ مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا ألا يجد طولا لحرة مسلمة ، ويخاف العنت ﴾
الكلام فى هذه المسألة فى شيئين :

أحدهما : أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت . وهذا قول عامة العلماء ، لا نعلم بينهم اختلافا فيه ، والأصل فيه: قول الله سبحانه : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً »[2] الآية . والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل ، لقول الله تعالى : « وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ » .

والثانى : إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحرّ . روى ذلك عن جابر ، وابن عباس ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وقال مجاهد : مما وسع الله على هذه الأمّة نكاح الأَمَة وإن كان موسراً ، وبه قال أبو حنيفة . إلا أن يكون تحته حرة ، لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح ، كما يمنعه وجود النكاح ، كنكاح الأخت والخامسة . وقال قتادة والثورى : إذا خاف العنت حلّ له نكاح الأمة . وإن وجد الطَّوْل ، لأن إباحتها لضرورة خوف العنت[3] ، وقد وجدت ، فلا تندفع إلا بنكاح الأمة ، فأشبه عادم الطول .

ولنا : قول الله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ — إلى قوله — ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ » فشرط فى نكاحها : عدم استطاعة الطول ، فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم فى كفارة الظهار مع عدم استطاعة الإعتاق ، ولأن فى تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه ، فلم يجز ، كما لو كان تحته حرة ، وقياسهم ليس بصحيح ، فإن نكاح الخامسة والأخت ، إنما حرم لأجل الجمع[4] ، وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً ، والعلة ههنا : هو الغنى عن إرقاق ولده ، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة .

وأما من يجد الطول ويخاف العنت ، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة ، أو غائبة ، أو مريضة لا يمكن وطؤها ، أو وجد مالاً ولم يتزوج لقصور نسبه ، فله نكاح الأمة ، لأنه عاجز عن حرة تعفه ، وإن

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : اعتراه نقصان .
(٢) سورة النساء آية ٢٥
(٣) فى المخطوطة ٢٠ : لخوف العنت .
(٤) فى المخطوطة ١٨ : إنما حرم بالجمع .

كانت الحرة فى حبالة غيره ، فله نكاح أمة . نص عليه أحمد فى الغائبة ، وهو ظاهر مذهب الشافعى . وقال بعضهم : لا يجوز لوجدان الطول .

ولنا : أنه غير مستطيع الطول إلى حرة تعفه ، فأشبه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذى له اليسار فى بلده فقيراً لعدم قدرته عليه فى الحال ؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها ، فليس بخائف العنت .

٥٣٣٧ (فصـــــل)

وإن قدر على تزويج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وذكر وجهاً آخر : أنه يجوز، لقول الله تعالى : «ومن لم يستطعْ منكمْ طولاً أن ينكحَ المحصناتِ المؤمنات» وهذا غير مستطيع لذلك .

ولنا : قول الله تعالى : « ذلكَ لمنْ خشيَ العنَتَ منكُمْ » وهذا غير خائف له ، ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق ، فلم يجز له إرقاقه ، كما لو قدر على نكاح مؤمنة .

٥٣٣٨ (فصـــــل)

ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعفّ بها ، لم يجز له نكاح أمة . لا نعلم فى هذا خلافاً [بين أهل العلم] ، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة فى ذلك ، لما ذكرنا من قبل .

٥٣٣٩ (فصـــــل)

فإن لم يجد طولا ، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه ، لأن عليه ضرراً فى بقاء الدَّيْن فى ذمته ، ولصاحبه[(1)] مطالبته به فى الحال. وكذلك إن رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بُضعها، لأن لها مطالبته بعوضه . وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه ، أو يهبه إياه لم يلزمه قبوله ، لما عليه من ضرر المِنّة ، وله فى ذلك كله نكاح الأمة .

وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به ، لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعى : له ذلك ، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل ، فله التيمم . ولنا : قول الله تعالى : « فمن لم يستطعْ منكمْ طولاً » وهذا مستطيع ، ولأنه قادر على نكاح حرة[(2)] بما لا يضره ، فلم يجز له إرقاق ولده ، كما لو كان بمهر مثلها . ولا نسلم ما ذكروه فى التيمم ، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين . أحدهما : أن التيمم رخصة عامة . وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة .

(١) فى أصولنا « ولصاحبته » — والسياق يقتضى ما أثبتناه » .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : على نكاح الحرة .

والثانى : أن التيمم يتكرر ، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضى إلى الإجحاف به ، وهذا لا يتكرر ، فلا ضرر فيه .

٥٣٤٠ (فصـــل)

وإن كان فى يده مال ، فذكر أنه معسر ، وأن المال لغيره . فالقول قوله ، لأنه حكم بينه وبين الله تعالى ، فقبل قوله فيه ، كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما ، لأنه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت ، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد ، فلا مهر ، وإن كذبه فله نصف المسمى ، لأنه يدعى صحة النكاح والأصل معه . وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، إلا أن يكون مهر المثل أكثر ، فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به ، فإن كان المسمى أكثر وجب ، وللسيد ألا يصدقه فيما قال ، فيكون له من المهر ما يجب فى النكاح الفاسد ، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين .

٥٣٤١ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومتى عقد عليها وفيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت ، ثم أيسر لم ينفسخ النكاح ﴾

هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب الشافعى ، وفى المذهب وجه آخر : أنه يفسد النكاح ، وهو قول المزنى[1] لأنه إنما أبيح للحاجة ، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته ، كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة . فإذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا : أن فقد الطول أحد شرطى إباحة نكاح الأمة ، فلم تعتبر استدامته كخوف العنت . ويفارق أكل الميتة ، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل ، وهذا لا يبتدىء النكاح ، إنما يستديمه ، والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه ، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته .

٥٣٤٢ (فصـــل)

وإن تزوج على الأمة حرة صح ، وفى بطلان نكاح الأمة روايتان :

إحداهما : لا يبطل ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى معنى ذلك عن علىّ رضى الله عنه .

والروايه الثانية : ينفسخ نكاح الأمة ، وهو قول ابن عباس ، ومسروق ، وإسحاق ، والمزنى . ووجه الروايتين ما تقدم فى المسألة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : وبه قال المزنى .

وقال النخعي : إن كان له من الأمة ولد لم يفارقها ، وإلا فارقها ، ولا يصح ، لأن ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ، ولأن ولده منها مملوك لسيدها، ونفقته عليه. وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : إذا تزوج الحرة على الأمه قسم للحرة ليلتين ، والأمة ليلة ، فإنه لو بطل نكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه ، فإن القدرة على المُبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب .

٥٣٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه .

فعنه أنه قال : إذا خشى العنت تزوج أربعا ، إذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهري،والحارث العكلى ، ومالك ، وأصحاب الرأى .

والرواية الثانية : قال أحمد : لا يعجبنى أن يتزوج إلا أمةً واحدة ، يذهب إلى حديث[1] ابن عباس، وهو ماروى عن ابن عباس : أن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة،وقرأ : «ذلكَ لمنْ خشِىَ العنتَ منكمُ» وبه قال قتادة ، والشافعي ، وابن المنذر . لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت .

ووجه الأولى قوله تعالى : « ومنْ لم يستَطعْ منكم طولاً » الآية . وهذا داخل في عمومها ، ولأنه عادمٌ للطول،خائف للعنت ، فجاز له نكاح أمة كالأولى ، وقولهم : لا يخشى العنت ، قلنا : الكلام فيمن يخشاه ، ولا نبيحه إلا له . وقول ابن عباس يُحْمَل على من لم يخش العنت ، فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد .

وإن تزوج حرة فلم تعفه[2] . فذكر فيها أبو الخطاب روايتين، مثل نكاح الأمة في حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرنا . وإن كانت الحرة تعفه ، فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة ، وإن نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى . فإن نكحها فنكاحها باطل ، لأنه يبطل في إحداها وليست إحداهما بأولى من من الأخرى . فبطل كما لو جمع بين أختين .

٥٣٤٤ (فصـــل)

وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان ، لأنه مساو لها ، فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر

(١) في المخطوطة ١٨ ذهاباً إلى حديث ابن عباس

(٢) أي : لم تشبع رغبته ، أو كان بها عيب منفر .

مع الحرة ، وله نكاح أمتين معاً ، وواحدة بعد واحدة ، لأن خشية العنت غير مشروطة فيه ، وإن تزوج حرة وقلنا : ليست الحرية شرطاً فى نكاح الحرة ، فهل ينكح أمة ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك ، وهو قول مالك والشافعى ، لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة ، كالحر مع الحرة ، ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما فى حق الحرة .

والثانية ، لا يجوز ، وهو قول الشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأنه يروى عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : تنكح الحرة على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرة ، ولأنه مالك لبضع حرة ، فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر ، وإن عقد النكاح عليهما جميعاً صح فيهما ، لأن كل واحدة يجوز إفرادها بالعقد ، فجاز بالجمع بينهما كالأمتين .

٥٣٤٥ (فصل)

وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين .

أحدهما : انقضاء عدتها ، فإن حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه ، ولا يحل نكاحها قبل وضعه ، وبهذا قال مالك ، وأبو يوسف ، وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، وفى الأخرى قال : يحل نكاحها ويصح ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه وطء لا يلحق به النسب[1] فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل .

ولنا ، قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمنُ بالله واليوم ِ الآخِرِ فلا يسْقِي ماؤه زرعَ غيره[2] » يعنى وطء الحوامل ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تُوطأُ حاملٌ حتى تضعَ[3] » صحيح ، وهو عام ، وروى عن سعيد بن المسيب : « أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها . وجدها حبلى ، فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، ففرق بينهما ، وجعل لها الصداق وجلدها مائة. رواه سعيد. ورأى النبى صلى الله عليه وسلم امرأة مُجِحًّا[4] على باب فُسْطَاط ، فقال : « لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم . قال : لقد هممت أن ألعنه لعناً يَدْخُلُ معه قبره . كيف يستخدمه وهو لا يحل له[5] ؟ أم كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ » أخرجه مسلم ، ولأنها حامل من غيره ، فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : لا يلحق به نسب . (٢) أخرجه أبو داود عن رويفع بن ثابت (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن أبى سعيد (ف)

(٤) مسلم عن محمد بن المثنى ، من حديث أبى الدرداء. وفيه : أنه أتى بامرأة مجح . وكلمة (أم) ليست فيه ، وقدم « كيف يورثه ، . . » على « كيف يستخدمه .. » انظر الصحيح ٢ /١٠٦٦) والمجح : قريبة الولاده .(ف)

(٥) المقصود : أنها قد تتأخر فى الولادة لمدة يحتمل كون الولد منهما . فعلى أنه من الأول لو استلحقه السابى لورثه، مع أنه ليس منه . وعلى أنه من السابى كيف يتملكه ويستخدمه استخدام العبيد مع أنه منه . فيجب الامتناع عن وطئها خوفاً من هذا المحظور (ف) .

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة، وحرم عليها النكاح فيها ، لأنها فى الأصل لمعرفة براءة الرحم ، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا ، فيكون نكاحها باطلا ، فلم يصح كالموطوءة بشبهة ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا عدة عليها، لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشاً ، فأشبه وطء الصغير .

ولنا : ما ذكرناه ، لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل ، فغيرها أولى ، لأن وطء الحامل لا يفضى إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ، ويحتمل أن يكون من الثانى ، فيفضى إلى اشتباه الأنساب ، فكان بالتحريم أولى ، ولأنه وطء فى القُبل ، فأوجب العدة كوطء الشبهة ، ولا تسلم وطء الصغير الذى يمكن منه الوطء

والشرط الثانى [1] : أن تتوب من الزنا . قاله قتادة ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لا يشترط ذلك ، لما روى أن عمر ضرب رجلا وامرأة فى الزنا ، وحرص أن يجمع بينهما،فأبى الرجل وروى أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : « يجوز ، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أ كان يجوز ؟ » .

ولنا : قول الله تعالى:« الزَّانيةُ لا يَنْكِحُهَا إلا زَانٍ أوْ مُشْرِكٌ — إلى قوله — وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ » وهى قبل التوبة فى حكم الزنا ، فإذا تابت زال ذلك، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: « التائبُ من الذنبِ كمنْ لا ذَنْبَ له » وقوله : « التوْبة تمحو الْحوْبة » وروى : أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها:عناق ، فدعته إلى نفسها فلم يجبها ، فلما قدم المدينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنكح عناقا ؟ فلم يجبه،فأنزل الله تعالى : « الزَّانِى لا يَنْكِحِ إلاَ زانية أوْمُشْرِكَةً والزَّانِيَةُ لا يَنْكِحُهَا إلاَّ زَانٍ أو مُشْرِكٌ » فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتلا عليه الآية ، وقال : لا تنكحها[3] »ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره ، وتفسد فراشه، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان،ولا تعرض له لمحل النزاع .

---

(١) أى من شروط إباحة نكاح المرأة التى علم منها الزنا . (٢) أخرجه ابن ماجة عن ابن مسعود (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى والحاكم من حديث عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، عن أبيه عن جده عبد الله (ف) — وأخرجه الطبرى بتمامه بسنده إلى عمرو بن شعيب أيضاً . ومرثد هذا كان يقال له «دلدل» . وكان يفد إلى مكة ليحمل ضعاف المسلمين . وروى الطبرى أن الآية نزلت فى رجل استأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى امرأة يقال لها: أم مهزول كانت تسافح . وروى أنها نزلت فى نساء بغايا فى الجاهلية كان على أبوابهن رايات مثل البيطار يعرفن بها . انظر (مجمع البيان ١٨/٧١ ، ٧٢) وفى رواية النسائى أن عناقاً نادت : ياأهل الخيام ، هذا الذى يحمل أسراكم من مكة إلى المدينة . قال : فسلكت الخندمة فطالعنى ثمانية حتى قاموا على رأسى فبالوا ، فتطاير بولهم على وأعماهم الله عنى . انظر (السنن ٢/٧١ ، ٧٢ ميمنية) .

إذا ثبت هذا ، فإن عدة الزانية كعدة المطلقة ، لأنه استبراء لحرة ، فأشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى أنهـا تُسْتَبْرَأُ بحيضة ، لأنه ليس من نـكاح ولا شبهة نـكاح ، فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت .

وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب ، كالتوبة من سائر الذنوب . وروى عن ابن عمر أنه قيل له : كيف تعرف توبتها ؟ قال : يريدها على ذلك ، فإن طاوعته فلم تتب ، وإن أبت فقد تابت ، فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعا له ، والصحيح الأول ، فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ، ويطلبه منها ، ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة ، ولا تحل الخلوة بأجنبية ، ولو كان في تعليمها القرآن ، فـكيف تحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية ، فلا يحل التعرض لمثل هذا ، ولأن التوبة من سائر الذنوب ، وفي حق سائر الناس ، وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه ، فـكذلك يكون هذا .

٥٣٤٦ (فصـــل)

وإذا وُجد الشرطان حل نـكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو بكر ، وعمر ، وابنه ، وابن عباس ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وروى عن ابن مسعود ، والبراء بن عازب ، وعائشة : أنها لا تحل للزاني بحال ، قالوا : لا يزالان زانيين ما اجتمعا ، لعموم الآية والخبر ، ويحتمل أنهم أرادوا بذلك: ما كان قبل التوبة، أو قبل استبرائها ، فيكون كقولنا . فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح، لقول الله تعالى : (وأُحِلَّ لـكُمْ ما وراء ذلِـكُمْ أنْ تَبْتَغُوا بأَمْوَالِـكُمْ)[1]. ولأنها محللة لغير الزاني فحلت له كغيرها .

٥٣٤٧ (فصـــل)

وإن زنت امرأة رجل ، أو زنى زوجها لم ينفسخ النـكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم ، وبذلك قال مجاهد ، وعطاء ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وعن جابر بن عبد الله : أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما ، وليس لها شيء . وكذلك روى عن الحسن ، وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها ، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها ، فدل على أن الزنا بينهما .

ولنا : أن دعواه الزنا عليها لا تبينها ، ولو كان النـكاح ينفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام ، فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فإنه يقتضي الفسخ بدون الزنا ، بدليل أنها إذا لاعنته

(١) سورة النساء . آية : ٢٤

فقد قابلته ، فلم يثبت زناها ، ولذلك أوجب النبي صلى الله عليه وسلم الحد على من قذفها ، والفسخ واقع ولكن أحمد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت ، وقال : لا أرى أن يمسك مثل هذه ، وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه ، وتلحق به ولداً ليس منه . قال ابن المنذر : لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم ، فيكون مثل قول أحمد هذا . قال أحمد : ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض . وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم حنين : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره » يعني إتيان الحبالى ، ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب إليه ، والأولى أنه يكفي استبراؤها بالحيضة الواحدة[1] ، لأنها تكفي في استبراء الإماء . وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها ، أو باعتاق سيدها ، فيكفي ههنا . والمنصوص ههنا مجرد الاستبراء ، وقد حصل بحيضة فيكتفى بها .

٥٣٤٨ (فصـــل)

وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد : لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن مسعود : أكره أن أطأ أمتي وقد بغت . وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبد البر : هذا مجمع على تحريمه . وكان ابن عباس يرخص في وطء الأمة الفاجرة . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء ، أو إذا لم يحصّنها ، أو يمنعها من الفجور ، ومن أباحه بعدها ، فيكون القولان متفقين والله أعلم .

٥٣٤٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها ﴾ .

الخطبة — بالكسر — خطبة الرجل المرأة لينكحها ، والخُطبة — بالضم — هي حمد الله [تعالى] والتشهد ، ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه ، أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه ، فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه »[2] . وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك »[3] متفق عليهما ، ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول وإيقاعا للعداوة بين الناس ، ولذلك نهى النبي صلى

---

(١) في المخطوطة ١٨ : بحيضة واحدة .

(٢) وانظر كذلك (سنن ابن ماجه ١/١٠٠ حلبي) من حديث أبي هريرة ، ثم من حديث ابن عمر . وانظر (سنن النسائي ٢/٧٤) من طريق هارون بن عبد الله والحارث بن مسكين .

(٣) وانظر (سنن النسائي ٢/٧٤) من حديث أبي هريرة .

الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ، ولا نعلم فى هـذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا النهى على الـكراهة والظاهر أولى .

القسم الثانى : أن ترده أو لا تركن إليه ، فهذه تجوز خطبتها . لما روت فاطمة بنت قيس : « أنها أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحى أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبى صلى الله عليه وسلم بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبى جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها ، فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها ، وكذلك لو عرّض لها فى عدتها بالخطبة فقال : لا تفوتينى بنفسك ، وأشباه هذا ، لم تحرم خطبتها لأن فى قصة فاطمة : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « لا تفوتينا بنفسك » . ولم ينـكر خطبة أبى جهم ومعاوية لها .

وذكر ابن عبد البر: أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبى ديان . أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله ، وعلى مروان بن الحـكم ، وعلى عبد الله بن عمر ، فدخل على المرأة وهى (جالسة)[1] فى بيتها فقال عمر : إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمرو وهو من قد علمتِ ، وعمر بن الخطاب . فـكشفت المرأة الستر فقالت : أجادٌّ أمير المؤمنين ؟ فقال : نعم : فقالت : فقد أنـكحت أمير المؤمنين فأنكحوه . فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة فى الأول .

القسم الثالث : أن يوجـد من المرأة ما يدُل على الرضى والركون تعريضاً لا تصريحا ، كقولها : ما أنت إلا رِضى ، وما عنك رغبة . فهذه فى حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها ، وهـذا ظاهر كلام الخرقى ، وظاهر كلام أحمـد ، فإنه قال : إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب ، والركون يستدل عليه بالتعريض تارة ، وبالتصريح أخرى . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها ، وهو مذهب الشافعى ، فى الجديد ، لحديث فاطمة حيث خطبها النبى صلى الله عليه وسلم ، وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضى بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها مادل على الرضى أولا ؟

ولنا : عموم قوله عليه السلام : «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ، ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به ، وسكونها إليه ، فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك . وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه ، فإن فيـه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين .

أحدهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها : « لا تسبقينى بنفسك ـ وفى لفظ ـ لا تفوتينى

(٢) الـكلمة ساقطة من المخطوطة .

بنفسك — وفى رواية — إذا حللت[1] فآذنينى[2] » . فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثانى : أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشيرة له فيهما ، أو فى العدول عنهما إلى غيرهما ، وليس فى الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما . على أنها إنما ذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه ، وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما ، فجرى ذلك مجرى ردها لهما ، وتصريحها بمنعهما . ومن وجه آخر : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتها تعريضاً ، بقوله لها ما ذكرنا ، فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف ما نحن فيه .

٥٣٥٠ (فصـــل)

والتعويل فى الرد والإجابة على الولى إن كانت مجبرة ، وعليها إن لم تكن مجبرة ، لأنها أحق بنفسها من وليها . ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها ، وإن أجاب وليها فرضيت فهو كإجابتها ، وإن سخطت فلا حكم لإجابته ، لأن الحق لها ، ولو أجابت الولى فى حق المجبرة فكرهت المجاب ، واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها ، لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وإن كرهته ولم تجز سواه فينبغى أن يسقط حكم الإجابة أيضاً ، لأنه قد أمر باستئمارها ، فلا ينبغى له أن يكرهها على مالا ترضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة ، لأن لها الرجوع ، وكذلك إذا رجع الولى المجبر عن الإجابة زال حكمها ، لأن له النظر فى أمر موليَّته مالم يقع العقد . وإن لم ترجع هى ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها ، لما روى فى حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك » . رواه البخارى .

---

(١) حديث فاطمة بنت قيس رواه مسلم عن يحيى بن يحيى من حديث فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شىء ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال : ليس لك عليه نفقة . فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ، ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابى ، اعتدى عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك . فإذا حللت فآذنينى . قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأباجهم خطبانى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له . انكحى أسامة بن زيد . فكرهته ، ثم قال : انكحى أسامة . فنكحته فجعل الله فيه خيراً ، واغتبطت » (الصحيح ١١١٤/٢ حلبى) .

(٢) رواية «لا تسبقينى بنفسك» رواها مسلم عن محمد بن نافع . ورواية « لا تفوتينا بنفسك» رواها مسلم عن أبى بكر ابن أبى شيبة عن فاطمة بنت قيس (صحيح مسلم ج ٢ . ص ١١١٤ — ١١١٦) (ف) .

٥٣٥١ (فصــــل)

وخطبة الرجل على خطبة أخيه فى موضع النهى محرمة. قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب فى هذه الحال، وقال أبو جعفر العُكبَرى : هى مكروهة غير محرمة ، وهذا نهى تأديب[1] لاتحريم .

ولنا ظاهر النهى ، فإن مقتضاه التحريم ، ولأنه نهى عن الإضرار بالآدمى المعصوم ، فكان على التحريم ، كالنهى عن أكل ماله وسفك دمه ، فإن فعل فنكاحه صحيح ، نص عليه أحمد ، فقال : لايفرق بينهما ، وهو مذهب الشافعى ، وروى عن مالك ، وداود : أنه لايصح ، وهو قياس قول أبى بكر ، لأنه قال فى البيع على بيع أخيه : هو باطل ، وهذا فى معناه ووجهه أنه (نكاح)[2] منهى عنه ، فكان باطلا كنكاح الشِّغار

ولنا : أن المحرم لم يفارق العقد ، فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة فى العدة .

٥٣٥٢ (فصــــل)

ولا يكره للولى الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها فى ذلك ، لأن الحق لها ، وهو نائب عنها فى النظر ، لها فلا يكره له الرجوع الذى رأى المصلحة فيه ، كما لو ساوم فى بيع دارها ثم تبين له المصلحة فى تركها ، ولايكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب ، لأنه عقد عمرى[3] يدوم الضرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها، والنظر فى حظها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره ، لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ، ولم يحرم ، لأن الحق بعد لم يلزمهما ، كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها .

٥٣٥٣ (فصــــل)

فإن كان الخاطب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته ، نص عليه أحمد فقال : لايخطب على خطبة أخيه، ولا يساوم على سوم أخيه ، إنما هو للمسلمين. ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى ، أو استام على سَوْمهم لم يكن داخلا فى ذلك ، لأنهم ليسوا بإخوة المسلمين . وقال ابن عبد البر : لايجوز أيضاً ، لأن هذا خرج مخرج الغالب ، لا لتخصيص المسلم به .

ولنا : أن لفظ النهى خاص فى المسلمين[4] وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله ، وليس الذمى كالمسلم ، ولاحرمته كحرمته ، ولذلك لم تجب إجابتهم فى دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله: خرج مخرج الغالب، قلنا : متى كان فى المخصوص بالذِّكر معنى يصح أن يعتبر فى الحكم لم يجز حذفه ، ولا تَعْدِيَةُ الحكم بدونه . وللأُخوة الإسلامية تأثير فى وجوب الاحترام ، وزيادة الاحتياط فى رعاية حقوقه ، وحفظ قلبه ، واستبقاء مودته ، فلا يجوز خلاف ذلك . والله أعلم .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ وهو نهى للتأديب .

(٢) ساقطة من المخطوطة ٢٠

(٣) فى المخطوطة ١٨ : عقد على التأبيد

(٤) فى المخطوطة ٢٠ : خاص بالمسلمين

٥٣٥٤ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولو عرض لها وهى فى العدة بأن يقول : إنى فى مثلك لراغب ، وإن مضى شىء كان ، وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح ﴾

وجملة ذلك : أن المعتدات على ثلاثة أضرب :[1] معتدة من وفاة ، أو طلاق ثلاث ، أو فسخ لتحريمها على زوجها ، كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها ، فهذه يجوز التعريض بخطبتها فى عدتها لقول الله تعالى[2] : « ولا جُناحَ عليكم فيما عرَّضتُم به من خِطْبَةِ النِّساء » ولما روت فاطمة بنت قيس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً : « إذا حللت فآذنيني — وفى لفظ — لا تسبقيني بنفسك — وفى لفظ — لا تفوتينا بنفسك » : وهذا تعريض بخطبتها فى عدتها ، ولا يجوز التصريح ، لأن الله تعالى لما خص التعريض بالإباحة دل على تحريم التصريح ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها ، والتعريض بخلافه .

القسم الثانى : الرجعية . فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح ، لأنها فى حكم الزوجات ، فهى كالتى فى صلب نكاحه .

القسم الثالث : بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة ، والبائن بفسخ لغيبة أو إعسار ونحوه ، فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض ، ، لأنها مباحة له نكاحها فى عدتها ، فهى كغير المعتدة ، وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها ؟ فيه وجهان ، وللشافعى فيه أيضاً قولان .

أحدهما : يجوز لعموم الآية ، ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً .

والثانى : لا يجوز ، لأن الزوج يملك أن يستبيحها ، فهى كالرجعية ، والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة ، فيما يحل ويحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان فى حله وحرمته . إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول : إنى فى مثلك لراغب ، ورب راغب فيك .

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول : إنك علىّ لكريمة ، وإنى فيك لراغب ، وإن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً ، وقال الزهرى : أنت جميله ، وأنت مرغوب فيك ، وإن قال : لا تسبقينا بنفسك ، أو لا تفوتينا بنفسك ، أو إذا حللت فآذنيني ، ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد : مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة ، فقال رجل : لا تسبقينا بنفسك ، فقالت : سبقك غيرك . وتجيبه المرأة : إن قضى شىء كان ، وما نرغب عنك ، وما أشبهه .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : على ثلاثة أقسام .
(٢) سورة البقرة آية ٢٣٥

والتصريح هو : اللفظ الذى لا يحتمل غير النكاح . نحو أن يقول : زوجينى نفسك ، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ، ويحتمل أن هــذا معنى قوله تعالى : « لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا » (١) فإن النكاح يسمى سراً . قال الشاعر :

فلنْ تطلبوا سرَّها للغِنَى ولن تُسْلِمُوها لأزْهَادِهَا

وقال الشافعى : السر : الجماع ، وأنشد لامرىء القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أننى كبرت وألا يحسنُ السرَّ أمثالى

ومُوَاعدة السر أن يقول : عندى جماعٌ يرضيك ونحوه ، وكذلك إن قال : رب جماع يرضيك ، فنهى عنه لما فيه من الهُجْر والفُحش والدناءة والسخف .

٥٣٥٥ (فصــل)

فإن صرح بالخطبة أو عرّض فى موضع يحرم [فيه] التعريض ، ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه . وقال مالك : يطلقها تطليقة ، ثم يتزوجها ، وهذا غير صحيح ، لأن هذا المحرم لم يقارن العقد ، فلم يؤثر فيه كما فى النكاح الثانى ، أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها .

٥٣٥٦ (فصــل)

ويحرم على العبد نكاح سيدته . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدَها باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبى الزبير قال : سألت جابراً عن العبد ينكح سيدته فقال : جاءت امرأة إلى عمر ابن الخطاب ونحن بالجابية ، وقد نكحت عبدها ، فانتهرها عمر ، وهمّ أن يرجمها ، وقال : لا يحل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان ، فإن كل واحد منهما يقتضى أن يكون الآخر بحكمه ، يسافر بسفره ويقيم بإقامته ، وينفق عليه فيتنافيان .

٥٣٥٧ (فصــل)

وليس للسيد أن يتزوج أمته . لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البُضع ، فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ، ولو ملك زوجته وهى أمة انفسخ نكاحها ، وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ، ولا يتزوج مكاتبته ، لأنها مملوكته .

٥٣٥٨ (فصــل)

ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه ، لأن له فيها شبهة ، وهذا قول أهل الحجاز ، وقال أهل العراق : له ذلك ، لأنها ليست مملوكة له ، ولا تعتق بإعتاقه لها .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك »[١] ، ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها ، فما هي مضافة إليه بجملتها شرعا أولى بالتحريم ، وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمّ سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف . ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه ، لأن الرق يقطع ولايته عن ابنه[٢] وماله ، ولهذا لا يلي ماله ولا نـكاحه ، ولا يرث أحدهما صاحبه ، فهو كالأجنبي منه .

٥٣٥٩ (فصـــــل)

وللابن نـكاح أمة أبيه ، لأنه لا ملك له فيها ، ولا شبهة ملك ، فأشبه الأجنبي ، وكذلك سائر القرابات ، ويجوز له أن يزوج الرجل ابنته المملوكة ، إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النـكاح ، وكذلك إن ملـكه أو جزءاً منه بغير الإرث ، لا نعلم فيه خلافا ، إلا أن الحسن قال : إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملـكها فهما على نـكاحهما ، ولا يصح لأنهما متنافيان ، فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً ، فبمجرد الملك لها انفسخ نـكاحه سابقاً على عتقها . وحكم المـكاتب يتزوج بنت سيده[٣] أو سيدته حكم العبد ،في أنه إذا مات سيده انفسخ نـكاحه . وقال أصحاب الرأى : النـكاح بحاله ، لأنها لا تملـكه،إنما لها عليه دين ، وليس بصحيح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المـكاتَب عبدٌ ما بَقِيَ عَلَيهِ دِرهَم » . ولأنه لو زال الملك عنه[٤] لما عاد بعجزه كما لو أعتق .

٥٣٦٠ (فصـــــل)

وإذا ملـكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نـكاحها فليس ذلك بطلاق ، فمتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة . وبهذا قال الحـكم ، وحماد ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر ، وإسحاق وقال الحسن ، والزهري ، وقتادة ، والأوزاعي : هي تطليقة ، وليس بصـحيح ، لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية ، وإنما انفسخ النـكاح بوجود ما ينافيه،فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردته، ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نـكاحها ، وحرم وطؤها في قول عامة المفتين[٥] ، حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين وروى عن قتادة أنه قال: لم يزده ملـكه فيها إلا قربا ، وليس بصحيح ، لأن النكاح لا يبقى في بعضها، وملـكه لم يتم عليها ، ولا يثبت الحل فيما لا يملـكه ولا نـكاح فيه .

(١) أخرجه ابن ماجه عن جابر(ف).
(٢) في جميع الأصول (أبيه) . وفي الشرح الـكبير (ابنه) ج ٧ ص ٥٢٠ وهو الصحيح (ف) .
(٣) في المخطوطة ١٨ : إذا تزوج بنت سيده .
(٤) في المخطوطة ٢٠ : لو زال عنه الملك .
(٥) في المخطوطة ٢٠ : في قول عامة أهل الفتوى .

٥٣٦١ (فصـــــــل)

ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه، لأن الله تعالى قال : « إلا على أزواجهم أو ما ملـكت أيمانهم »[١] وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ، ولأنه يحل لابنه وطؤها ، ولا تحل المرأة لرجلين ، فإن وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : إن كان ابنه وطئها حدّ ، لأنها محرمة عليه على التأبيد .

ولنا : أن له فيها شبهة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك» والحد يُدْرأ بالشبهات ، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه ، والقصاص حق آدمى، فإذا سقط بشبهة الملك فالحـد الذى هو حق الله تعالى بطريق الأولى ، ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ، ولا يحد بقذفه فـكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هـذا فإنها تحرم على الابن على التأبيد ، وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد ، وإذا لم تَعْلق[٢] من الأب لم يزل ملك الابن عنها ، ولم تلزمه قيمتها . وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمـانها ، لأنه أتلفها عليـه ، وحرّمه وطئها فأشبه ما لو قتلها[٣] .

ولنا : أنه لم يخرجها عن ملـكه ، ولم تنقص قيمتها ، فأشبه ما لو أرضعها امرأته ، فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها . وإن علقت منه فالولد حر يلحق به النسـب ، لأنه من وطء لا يجب به الحـد لأجل الشبهة ، فأشبه ولد الجارية المشتركة ، وتصير الجـارية أم ولد للأب . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا تصير أم ولد [الأب] لأنها غير مملوكة له، فأشبه ما لو وطىء جارية أجنبى بشبهة .

ولنا : أنها علقت منه بحرٍّ لأجل الملك ، فأشبهت الجارية المشـتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا : ولا يلزم الأب قيمة الجارية ، ولا قيمة ولدها ، ولا مهرها . وقال الشافعى : يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد ، وهذا يبنى على أصل وهو : أن للأب أن يتملك من مال ولده ما شاء ، وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ، ولا قيمة متلف ، وعندهم بخلاف ذلك ، وهـــذا يذكر فى موضع آخر إن شاء الله تعـالى .

٥٣٦٢ (فصـــــل)

وإن وطىء الابن جارية أبيه عالمـا بتحريم ذلك[٤] فعليه الحد ، ولا يلحقه النسب ، ولا تصـير به الجارية أم ولد ، لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك ، فأشبه وطء الأجنبية ، وكذلك سائر الأقارب .

٥٣٦٣ (فصـــــل)

وإن وطىء الأب وابنه جارية الابن فى طهر واحد فأتت بولد أُرِى القافة ، فألحق بمن ألحقته به

(١) سورة المؤمنون آية ٦ (٢) أى : تحمل .
(٣) فى المطبوعة : قبلها . خطأ . (٤) فى المخطوطه ١٨ وهو عالم بتحريم ذلك .

منهما ، وصارت أم ولد له كما لو انفرد بوطئها ، وإن ألحقته بهما لحق بهما ، وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة ، لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لانفراده بإيلادها ، فلا تنقل بعد ذلك إلى غيره ، لأن أم الولد لا ينقل الملك فيها إلى غير مالكها .

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه : فإن كان الأب قابضاً لها ، ولم يكن الابن وطئها ، فأحبلها الأب ، فالولد ولده ، والجارية له ، وليس للابن فيها شيء . قال القاضي : ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب ، لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها ، فتكون قد علقت بمملوك وإن كان الأب قبضها ، ولم يكن الابن وطئها ملكها ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ، ولم تتعلق به حاجته فيتملكه .

(باب نكاح أهل الشرك)

أنكحة الكفار صحيحة ، يُقَرُّون عليها إذا أسلموا ، أو تحاكموا إلينا ، إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ، ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول ، وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين .

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ، ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ، ولم يسألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شروط النكاح ولا كيفيته ، وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة ، فكان يقينا ، ولكن ينظر في الحال ، فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له [فيها] ابتداء نكاحها أقر ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب ، أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يقر ، وإن تزوجها في العدة وأسلما بعد انقضائها أقر ، لأنها يجوز ابتداء نكاحها .

٥٣٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : ﴿ وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بِنَّ منه ، وكان لكل واحدة نصف ما سمى لها إن كان حلالا ، أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بِنَّ منه أيضا ، ولا شيء عليه لواحدة منهن ، فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فإن كان دخل بهن ثم أسلم ، فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان ﴾

في هذه المسألة فصول خمسة :

٥٣٦٥ (أحـــــــدها)

أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين ، أو كتابى يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تتعجل الفرقة ، بل إن كانا فى دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر . فإن أبى وقعت الفرقة حينئذ . وإن كانا فى دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها ، فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة . فإن كان الإباء من الزوج كان طلاقا ، لأن الفرقة حصلت من قبله ، فكان طلاقا كما لو لفظ به . وإن كان من المرأة كان فسخا ، لأن المرأة لا تملك الطلاق . وقال مالك : إن كانت هى المسلمة عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم وإلا وقعت الفرقة . وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة ، لقوله سبحانه : « ولا تُمسِكوا بِعِصَم الكوافر »[1] .

ولنا : أنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح ، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك ، كإسلام الزوج ، أو كما لو أبى الآخر الإسلام ، ولأنه إن كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة ، لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعِصَم الكَوَافر » وإن كانت هى المسلمة فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك .

ولنا على أنها فرقة فسخ : أنها فرقة باختلاف الدين ، فكان فسخا ، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ، ولأنها فرقة بغير لفظ ، فكانت فسخا كفرقة الرضاع .

٥٣٦٦ (الفصل الثانى)

أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة ، أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة ، مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيراً ، لأن الفرقة حصلت بفعله . وإن كانت بإسلام المرأة فلا شىء لها ، لأن الفرقة من جهتها . وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والزهرى ، والأوزاعى ، وابن شبرمة ، والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : أن لها نصف المهر إذا كانت هى المسلمة ، واختارها أبو بكر . وبه قال قتادة ، والثورى ، ويقتضيه قول أبى حنيفة . لأن الفرقة حصلت من قِبَله بإبائه الإسلام وامتناعه منه ، وهى فعلت ما فرض الله عليها ، فكان لها نصف ما فرض الله لها ، كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت .

ونقل عن أحمد فى مجوسى أسلم قبل أن يدخل بامرأته : لا شىء لها من الصداق . ووجهه ما ذكرناه . ووجه الأول : أن الفرقة حصلت باختلاف الدين ، واختلاف الدين حصل بإسلامها ، فكانت الفرقة حاصلة بفعلها ، فلم يجب لها شىء كما لو ارتدت ، ويفارق تعليق الطلاق ، فإنه من جهة الزوج ، ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر .

---

(١) سورة الممتحنة آية ١٠

٥٣٦٧ (الفصل الثالث)

أن الزوجين إذا أسلما معاً فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر : أنه إجماع من أهل العلم ، وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال: يارسول الله إنها كانت أسلمت معى،فردها عليه[1] .ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة ، لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ، ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولأنه يبعد إتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع .

٥٣٦٨ (الفصل الرابع)

أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان

إحداهما : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان ، فلا يحتاج إلى استئناف العدة ، وهذا قول الزهرى ، والليث ، والحسن بن صالح ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، ونحوه عن مجاهد ، وعبد الله بن عمر ، ومحمد بن الحسن .

والرواية الثانية ، تتعجل الفرقة ، وهو اختيار الخلال ، وصاحبه ، وقول الحسن ، وطاوس ،وعكرمة وقتادة ، والحكم ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ونصره ابن المنذر ، وقول أبى حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا أن المرأة إذا كانت فى دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك : إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة ، واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

ولنا : ما روى مالك فى موطئه عن ابن شهاب قال : كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحوا من شهر ، أسلمت يوم الفتح ، وبقى صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ، ثم أسلم

---

(١) ورواه الترمذى . أنظر [الصحيح بشرح ابن العربى ٥/٨٣] وقال : هذا حديث صحيح .

فلم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح[١] . قالَ ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده ، وقال ابن شهاب : أسلمت أم حكيم يوم الفتح ، وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن ، فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن ، فدعته إلى الإسلام فأسلم[٢]، وقدم فبايع النبي صلى الله عليه وسلم ، فثبتا على نكاحهما .

وقال ابن شبرمة : كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم ، قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما، ولأن أباسفيان خرج فأسلم عام الفتح ، قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ،ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي صلى الله عليه وسلم مكة فثبتا على النكاح. وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته، وخرج أبو سفيان بن الحارث، وعبد الله ابن أمية، فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح بالأبواء فأسلما قبل نسائهما ، ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ، ويبعد أن يتفق إسلامها دفعة واحدة .

ويفارق ماقبل الدخول ، فإنه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة ، وههنا لها عدة . فإذا انقضت تبيّنا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول، فلايحتاج إلى عدة ثانية ، لأن اختلاف الدين سبب الفرقة ، فتحتسب الفرقة منه كالطلاق .

٥٣٦٩ (الفصل الخامس)

أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح فى قول عامة العلماء . قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء فى هذا إلا شيء روى عن النخعى شذ فيه عن جماعة العلماء ، فلم يتبعه عليه أحد ، زعم : أنها ترد إلى زوجها وإن طالت المدة ، لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رد زينب على زوجها أبى العاص بنكاحها الأول» ، رواه أبو داود[٣] ، واحتج

---

(١) الحديث فى [الموطأ ١/٥٤٤ حلبي بتحقيق المرحوم فؤاد عبد الباقى] . وفيه : أن صفوان هرب ، فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان . وساق الحديث .

(٢) الحديث مروى بالمعنى . وفيه : أن عكرمة قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح . فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحا وما عليه رداء حتى بايعه ، فثبتا على نكاحهما ذلك [الموطأ ١/٥٤٥] .

(٣) ورواه كذلك الترمذى (الصحيح بشرح ابن العربى ٥/٨٢) وفيه «ولم يحدث نكاحا» . وقال الترمذى : هذا حديث ليس بإسناده بأس .

به أحمد ، قيل له : أليس يروى : أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال : ليس له أصل ، وقيل : كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين .

ولنا : قول الله تعالى: «لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ» : وقوله سبحانه: «ولا تُمسِكوا بعِصَمِ الكوافِرِ» ، والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار. فأما قصة أبي العاص مع امرأته ، فقال ابن عبد البر : لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار ، فتكون منسوخة بما جاء بعدها ، أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها ، أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم ، أو تكون ردت إليه بنكاح جديد . فقد روى ابن أبي شيبه في سننه عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد ، ورواه الترمذي[1] وقال : سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول : حديث ابن عباس أجود إسناداً ، والعمل على حديث عمرو بن شُعَيْب .

٥٣٧٠ (فصــــل)

وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملا ، لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، فإن كان مسمى صحيحا فهو لها ، لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة ، وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره ، لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها ، لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ، ولا في نكاح مسلم ، وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين .

فأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها ، لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها ، فكانت لها النفقة كالرجعية . وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه ، لأنه لاسبيل له إلى استبقاء نكاحها ، وتلافي حالها ، فأشبهت البائن ، وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم .

فإن قيل : إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين ، فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا : لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت ، بل يجب عليه ذلك ، فكانت في معنى الرجعية ، فإن قيل : الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها ، قلنا : إلا أنه كان فرضا عليها مضيقا ، ويمكنه تلافيه، بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول ، فإنه يسقط مهرها جميعه ، لأنه ما أمكنه تلافيه .

(١) انظر (الصحيح بشرح ابن العربي ٨١/٥ وما بعدها . المطبعة المصرية عام ١٩٣١) وفيه « بمهر جديد ونكاح جديد » . قال الترمذي : هذا الحديث في إسناده مقال .

٥٣٧١ (فصل فى اختلاف الزوجين)

لا يخلو اختلافهما من حالين .

أحدهما : أن يكون قبل الدخول ، ففيه مسألتان .

إحداهما : أن يقول الزوج : أسلمنا معا فنحن على النكاح ، وتقول هى : بل أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح . فقال القاضى : القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، وكذلك إذ يتعذر اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة ، والقول قول مَن الظاهر معه ، ولذلك كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر : أن القول قول الزوج ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والفسخ طارىء عليه ، فكان القول قول من يوافق قولُه الأصل كالمنكر . وللشافعى قولان كهذين الوجهين .

المسألة الثانية : أن يقول الزوج : أسلمت قبلى ، فلاصداق لك . وتقول هى : أسلمت قبلى ، فلى نصف الصداق : فالقول قولها ، لأن المهر وجب بالعقد ، والزوج يدعى مايسقطه، والأصل بقاؤه ، ولم يعارضه ظاهر فبقى . فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه ، فلها نصف الصداق ، كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضى : إن لم تكن قبضت فلا شىء لها ، لأنها تشك فى استحقاقها فلا تستحق بالشك. وإن كان بعد القبض لم يرجع عليها ، لأنه يشك فى استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك . والأول أصح ، لأن اليقين لايزول بالشك ، وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث، أو تيقن الحدث وشك فى الطهارة، بنى على اليقين . وهذه قد كان صداقها واجباً لها ، وشكّا فى سقوطه ، فيبقى على الوجوب .

وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسألتان .

إحداهما : أن يقول : أسلمنا معاً ، أو أسلم الثانى منا فى العدة ، فنحن على النكاح ، وتقول هى : بل أسلم الثانى بعد العدة فانفسخ النكاح ، ففيه وجهان .

أحدهما : [أن] القول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والثانى : [أن] القول قولها ، لأن الأصل عدم إسلام الثانى .

المسألة الثانية : أن تقول أسلمتُ قبلكَ فلى نفقة العدة ، ويقول هو : أسلمتُ قبلكِ فلا نفقة لكِ ، فالقول قولها ، لأن الأصل وجوب النفقة ، وهو يدعى سقوطها ، وإن قال : أسلمتِ بعد شهرين من إسلامى فلا نفقة لك فيهما ، وقالت : أسلمت بعد شهر ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم إسلامها فى الشهر الثانى ، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح ، لأنه يقر على نفسه[1] بزوال نكاحه وسقوط حقه ، فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : أقر على نفسه .

٥٣٧٢ (فصـــل)

وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا ، وبه قال مالك ، والأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : إن أسلم أحدهما وهما فى دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح . ولو تزوج حربى حربية ثم دخل دار الإسلام وعقد الذمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين . ويقتضى مذهبه : أن أحد الزوجين الذميين إذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه ، لأن الدار اختلفت بهما فعلا وحكما ، فوجب أن تقع الفرقة بينهما ، كما لو أسلمت فى دار الإسلام قبل الدخول .

ولنا : أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران ، وامرأته بمكة لم تسلم ، وهى دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن . وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح ، وهرب زوجها ، ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع. ويفارق ما قبل الدخول ، فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الإقرار على النكاح دون ما ذكروه ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه ، وعندهم لا يصح .

ولنا عموم قوله تعالى : « والمحصناتُ منَ الذينَ أوتوا الكِتابَ مِنْ قَبْلِكم »(١) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت فى دار الإسلام ، فأبيح نكاحها فى دار الحرب كالمسلمة .

٥٣٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو نكح أكثر من أربع فى عقد واحد أو فى عقود متفرقة ، ثم أصابهن ، ثم أسلم ، ثم أسلمت كل واحدة منهن فى عدتها ، اختار أربعاً منهن، وفارق ما سواهن ، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن ﴾

وجملة ذلك : أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن فى عدتهن، أو كن كتابيات ، لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ، ولا يملك إمساك أكثر من أربع ، فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن ، وفارق سائرهن ، سواء تزوجهن فى عقد أو فى عقود ، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر . نص عليه أحمد . وبه قال الحسن ، ومالك ، والليث ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، ومحمد ابن الحسن . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إن كان تزوجهن فى عقد انفسخ نكاح جميعهن ، وإن كان فى عقود فنكاح الأوائل صحيح ، ونكاح ما زاد على أربع باطل ، لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع ، فلا يكون فيه مخيراً بعد الإسلام (٢) ، كما لو تزوجت المرأة زوجين فى حال الكفر ثم أسلموا .

---

(١) سورة المائدة آية ٥ (٢) فى المخطوطة ١٨ : فلا تخيير فيه بعد الإسلام .

ولنا : ما روى قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتى ثمان نسوة ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك، فقال : « اختر منهن أربعاً» . رواه أحمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفى : أن غيلان ابن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة ، فأسلمن معه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعاً . رواه الترمذى . ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى مرسلا . ورواه الشافعى فى مسنده عن ابن علية ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن سالم عن أبيه . إلا أنه غير محفوظ ، غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهرى ، كذلك قال الحفاظ : الإمام أحمد والترمذى وغيرهما . ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق فى حال الشرك ، كما لو تزوجهن بغير شهود . وأما إذا تزوجت بزوجين فنكاح الثانى باطل ، لأنها مَلَّكَتْهُ مِلْكَ غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ، لأنها لم تملكه جميع بضعها ، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل .

٥٣٧٤ (فصــــل)

ويجب عليه أن يختار أربعاً فما دون ، ويفارق سائرهن ، أو يفارق الجميع . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر غيلان وقيساً بالاختيار ، وأمره يقتضى الوجوب ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نكاح أكثر من أربع ، فإن أبى أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار ، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق ، لأن الحق ههنا لغير معين ، وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، بخلاف المولى ، فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه ، فإن جُنَّ خلى حتى يعود عقله ، ثم يجبر على الاختيار ، وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار ، لأنهن محبوسات عليه ، ولأنهن فى حكم الزوجات أيتهن اختار جاز .

٥٣٧٥ (فصــــل)

ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه ، فإنه لا حكم لقوله ، وليس لأبيه الاختيار عنه ، لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة ، فلا يقوم غيره مقامه فيه ، فإذا بلغ الصبى كان له أن يختار حينئذ ، وعليه النفقة إلى أن يختار .

٥٣٧٦ (فصــــل)

فإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرناه فى الحاكم[2] ، وعلى جميعهن العدة ، لأن الزوجات لم يتعيَّن منهن ، فمن كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه ، ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : من ذوات الأقراء فى الفقرة كلها . (٢) انظر المسألة ٥٣٧٤ .

أشهر وعشر ، لأنها أطول العدتين فى حقها . وإن كانت من ذوات القروء [١] فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر ، لتقضى العدة بيقين ، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة ، وعدة المختارة عدة الوفاة ، وعدة المفارقة ثلاثة قروء ، فأوجبنا أطولها لتنقضى العدة بيقين ، كما قلنا فيمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها، عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعى ، فأما الميراث فإن اصطلحن عليه فهو جائز كيفما اصطلحن ، لأن الحق لهن لا يخرج عنهن . وإن أبين الصلح فقياس المذهب : أن يقرع بينهن ، فتكون الأربع منهن بالقرعة . وعند الشافعى : يوقف الميراث حتى يصطلحن ، وأصل هذا يذكر فى غير هذا الموضع [٢] إن شاء الله تعالى .

٥٣٧٧ (فصـــل)

وصفة الاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء ، أو اخترت هؤلاء ، أو أمسكتهن ، أو اخترت حبسهن ، أو إمساكهن ، أو نكاحهن ، أو أمسكت نكاحهن ، أو ثبت نكاحهن ، أو أثبتهن . وإن قال لما زاد على الأربع: فسخت نكاحهن،كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها، لأن الطلاق لا يكون إلا فى زوجة ، وإن قال : قد فارقت هؤلاء ، أو اخترت فراق هؤلاء ، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لغيلان : « إختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » ، وهذا يقتضى أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه ، كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه ، وكذا فى حديث فيروز الديلمى قال : فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ ، فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ ، وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن ، وذكر القاضى فيه عند الإطلاق وجهين .

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات ، لأن لفظ الفراق صريح فى الطلاق ، والأولى ما ذكرناه . وإن وطىء إحداهن كان اختياراً لها فى قياس المذهب ، لأنه لا يجوز إلا فى ملك ، فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار . ووطء الرجعية أيضاً اختيار لها . وإن آلى من واحدة منهن ، أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يصح فى غير زوجة فى أحد الوجهين . وفى الآخر يكون اختياراً لها ، لأن حكمه لا يثبت فى غير زوجة . وإن قذفها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يقع فى غير زوجة .

٥٣٧٨ (فصـــل)

وإذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقى فعدتهن من حين اختار ، لأنهن بِنَّ منه بالاختيار ، ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم،لأنهن بنّ بإسلامه، وإنما يتبين ذلك باختياره،فيثبت حكمه من حين الإسلام ،

---

(١) فى ٢٠ : من ذوات الأقراء فى الفقره كلها . (٢) فى المخطوطة ١٨ : فى موضع غير هذا .

كما إذا أسلم أحد الزوجين . ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها ، وفرقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ منهن . وعدتهن كعدة المطلقات ، لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك . وإن ماتت إحدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات ، وتكون عنده على طلاق ثلاث ، لأنه لم يطلقها قبل ذلك . وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع ، أو تمام أربع ، لأن الأربع الزوجات لا يَبِنَّ منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه ، فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بهن ، وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن ، وتكون عدة المطلقات من حين طلق ، وعدة الباقيات على الوجهين .

وإن طلق الجميع أقرع بينهن ، فاذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ، ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقى . فإن كان الطلاق ثلاثاً فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات ، لأنهن لم يطلقن منه ، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة .

ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فى العـــدة أمر أن يختار أربعاً منهن ، فإذا اختارهن تبينّا أن طلاقه وقع بهن ، لأنهن زوجات ، ويعتددْن من حين طلاقه ، وبان البواقى باختياره لغيرهن ، ولا يقع بهن طلاقه ، وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات ، لأن هؤلاء غير مطلقات .

والفرق بين هذه وبين التى قبلها : أن طلاقهن قبل إسلامهن فى زمن ليس له الاختيار فيــه ، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفى التى قبلها يطلقن:وله الاختيار ، والطلاق يصلح اختياراً ، وقد أوقعه فى الجميع ، وليس بعضهن أولى من بعض ، فصرنا إلى القرعة لتساوى الحقوق .

٥٣٧٩ (فصـــــل)

وإذا أسلم قبلهن وقلنا: بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام ، وإن قلنا: يقف على انقضاء العدة ، ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بِنَّ منذ اختلاف الدينان ، فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن، وله نــكاح أربع منهن إذا أسلمن . وإن كان وطئهن تبينا أنه وطىء غير نسائه،وإن لاعنهن أو ظاهرَ أو قذف تبينا أن ذلك كان فى غير زوجته ، وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية ، فإن أسلم بعضهن فى العدة تبينا أنها زوجته ، فوقع الطلاق بها ، وكان وطؤه لها وطئاً لمطلقته . وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته . وكذلك إن كان وطؤه لها قبل طلاقها .

وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل فى عدتهن ولم تسلم البواقى تعينت الزوجية فى المسلمات ووقع الطلاق بهن ، فإذا أسلم البواقى فله أن يتزوج بهن ، لأنه لم يقع طلاقه بهن .

٥٣٨٠ (فصـــل)

وإذا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن ، فله اختيارهن ، وله الوقوف إلى أن يسلم البواقى ، فإن

مات اللائي أسلمن ، ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات ، وله اختيار الباقيات ، وله اختيار بعض هؤلاء ، لأن الاختيار ليس بعقد ، وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن ، والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته ، وحال ثبوته كنّ أحياء ، وإن أسلمت واحدة منهن فقال : اخترتها ، جاز . فإذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي ، وإن قال للمسلمة : اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع ، والاختيار للأربع ، وهذه من جملة الأربع ، إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع ، لأنه كناية ، ويكون طلاقه لها اختياراً لها .

وإن قال : اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح ، لأنه ليس بوقت للاختيار ، لأنها جارية إلى بينونة ، فلا يصح إمساكها ، وإن فسخ نكاحها لم ينفسخ ، لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ . وإن نوى بالفسخ الطلاق ، أو قال : أنت طالق ، فهو موقوف. فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع ، أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها ، وإلا فلا .

٥٣٨١ (فصـــل)

وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح ، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ، ولا يصح في غير معيّن ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا ، لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ، ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع [١] . وإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال : كلما أسلمت واحدة فهي طالق . وفي ذلك وجهان :

أحدهما : يصح ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها . فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها ، وتطلق بطلاقه .

والثاني : لا يصح ، لأن الطلاق يتضمن الاختيار ، والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط .

٥٣٨٢ (فصـــل)

وإذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ، ثم أسلمن فله الاختيار ، لأن الاختيار استدامة النكاح ، وتعيين المنكوحة ، فليس ابتداء له . وقال القاضي : ليس له الاختيار ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

ولنا : أنه استدامة نكاح [٢] لا يشترط له رضاء المرأة ، ولا وليّ ولا شهود ، ولا يتجدد به مهر ، فجاز له في الإحرام كالرجعة .

---

(١) في المخطوطة ١٨ : على أربع . (٢) في المخطوطة ١٨ : أن دوام النكاح .

٥٣٨٣ (فصـــل)

وإذا أسلمن معه ثم مُتن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا ، فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات ، لأنهن لسن[1] بزوجات له. وإن مات بعضهن فله الاختيار من الأحياء ، وله الاختيار من الميتات، وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ، ثم أسلم البواقى فله الاختيار من الجميع . فإن اختار الميتات فله ميراثهن ، لأنهن متن وهن نساؤه . وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن ، لأنهن أجنبيات . وإن لم يسلم البواقى لزم النكاح فى الميتات ، وله ميراثهن . وإن وطىء الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن ،فاختار أربعا منهن فليس لهن إلا المسمى، لأنهن زوجات ، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ، ومهر للوطء الثانى ، لأنهن أجنبيات . وإن وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولا هن المختارات ، والبواقى أجنبيات ، والحكم فى المهر على ما ذكرناه .

٥٣٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة ﴾

هذا قول الحسن ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد . وقال أبو حنيفة فى هذه كقوله فى عشر نسوة .

ولنا : ماروى الضحاك بن فيروز ، عن أبيه ، قال : قلت : يارسول الله ، إنى أسلمت وتحتى أختان ؟ قال : « طلق أيتهما شئت »[2] رواه أبو داود وابن ماجه ، وغيرهما ، ولأن أنكحة الكفار صحيحة ، وإنما حرم الجمع فى الإسلام ، وقد أزاله فصح ، كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى فى حبالته، وهكذا الحكم فى المرأة وعمتها أو خالتها ، لأن المعنى فى الجميع واحد .

٥٣٨٥ (فصـــل)

ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ، ثم تزوج فى شركه أختها ، ثم أسلما فى عدة الأولى ، فله أن يختار منهما ، لأنه أسلم وتحته أختان مسلمتان . وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها فى عدتها ، ولا أربعا سواها . فإن فعل لم يصح النكاح الثانى ، وإذا أسلمت الأولى فى عدتها فنكاحها لازم ، لأنها انفردت به .

٥٣٨٦ (فصـــل)

وإن تزوج أختين ودخل بهما ، ثم أسلم وأسلمتا معه ، فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضى عدة أختها ، لئلا يكون واطئا لإحدى الأختين فى عدة الأخرى . وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن ،

---

(١) فى المطبوعة : ليس . خطأ

(٢) ابن ماجة عن يونس عن ابن وهب (السنن ١/ ٦٢٧ حلبى سنة ١٩٥٢م)

فأسلمن معه، أو كن ثمانيا فاختار أربعا منهن، وفارق أربعا، لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة الفارقات، لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع، فإن كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة. فإن كنّ ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات. فإن كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات، ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات. فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات، هذا قياس المذهب.

٥٣٨٧ (فصـــل)

وإذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول، فاختار إحداهما فلا مهر للأخرى، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت بإسلامهم جميعا[1] فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب في إحداهما، ولأنه نكاح لا يقر عليه في الإسلام، فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها، كما لو تزوج المجوسي أخته ثم أسلما قبل الدخول، وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع، إذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا، وينفسخ نكاح البواقي، فلا مهر لمن لما ذكرنا والله أعلم.

٥٣٨٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن كانتا أماً وبنتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الأم، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما ﴾

الكلام في هذه المسألة في فصلين.

٥٣٨٩ (أحـــدهما)

إذا كان إسلامهم جميعاً قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم، ويثبت نكاح البنت. وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني. وقال في الآخر يختار أيتهما شاء، لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت.

ولنا: قول الله تعالى: «وأُمَّهاتُ نِسَائِكُمْ». وهذه أم زوجته، فتدخل في عموم الآية، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلّق ابنتها في حال شركه[2] ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم، فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى. وقولهم: إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح، فإن أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازماً من غير اختيار، ولهذا فوض إليه الاختيار ههنا. ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحاً،

---

(١) في المخطوطة ٢٠ : وقعت بالإسلام.

(٢) في المخطوطة ٢٠ : في حال كفره.

وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتهـا على التأبيد ، فلم يمكن اختيـارها ، والبنت لاتحرم قبل الدخول بأمها ، فتعين النكاح فيها ، بخلاف الأختين .

٥٣٩٠ (الفصل الثانى)

إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد . الأم لأنها أم زوجته ، والبنت لأنها ربيبته من زوجته التى دخل بهـا . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه (من أهل العلم)[1] . وهذا قول الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثورى ، وأهل العراق ، والشافعى ، ومن تبعهم . وإن دخل بالأم وحدها فـكذلك ، لأن البنت تـكون ربيبته مدخولا بأمها ، والأم حرمت بمجرد العقـد على ابنتها . وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها ، وفسد نكاح أمها ، كما لو لم يدخل بها . ولو لم تسلم معـه إلا إحداهما كان الحـكم كما لو أسلمتا معه معاً . فإن كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بأمها فهى محرمة على التأبيد . ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الأخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التـأبيد ، وإن كان قد وطىء إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ، ولم تحرم الموطوءة. وإن كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء ، فإذا وطئهـا حرمت الأخرى على التأبيد ، والله أعلم .

٥٣٩١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا فى العدة ، فهما زوجتـاه . ولو كنّ أكثر اختار منهن اثنتين ﴾

وجملة ذلك : أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع . فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه، أو فى عدتهما لزم نكاحهما ، حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، لأنه له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه ، فـكذلك فى اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين،أيتهن شاء على ما مضى فى الحر، فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين ، أو حرة وأمة ، وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيـار فى فراقه ، لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ، ولم يتجدد رقه بالإسلام[2] ولاتجددت حريتها بذلك ،فلم يكن لها خيار ، كما لو تزوجت معيباً تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضى وجهاً : أن لها الخيار ، لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام ، فكأنه عيب حادث . والأول أصح ، فإن الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ، ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب .

---

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة١٨ . (٢) فى المخطوطة ١٨ : الرق بالإسلام.

٥٣٩٢ (فصــل)

وإن أسلم[1] وتحته أربع حرائر ، فأعتق ثم أسلمن فى عدتهن ، أو أسلمن قبله ، ثم أعتق ، ثم أسلم ، لزمه نكاح الأربع ، لأنه ممن يجوز له الأربع فى وقت اجتماع إسلامهم . فإنه حر ، فأما إن أسلموا كلهم، ثم أعتق قبل أن يختار ، لم يكن له أن يختار إلا اثنتين ، لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار ، وهو حال اجتماعهم على الإسلام ، فتغيُّر حاله بعد ذلك لا يغير الحكم، كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر . ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ، ثم أسلم الباقيات لم يجز إلا اثنتين ، لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأوليين .

٥٣٩٣ (فصــل)

وإن تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه ، فلهن فسخ النكاح ، لأنهن عتقن تحت عبد ، وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة ، لأنه قد يسلم ، فيقطع جريانهن إلى البينونة . فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بنّ باختلاف الدين من حين أسلمن[2] ، وإن أسلم فى العدة بنّ لفسخ النكاح ، وعليهن عدة الحرائر فى الموضعين ، لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر ، وفى التى قبلها عتقن فى أثناء العدة التى يمكن الزوج تلافى النكاح فيها ، وأشبهن الرجعية . فإن أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ ، لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة ، فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، كالرجعية إذا عتقت أخرت الفسخ ، ولو أسلم قبلهن ، ثم أعتقن ، فاخترن الفسخ صح لأنهن إماء عتَقن [وهن] تحت عبد ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعضهم : لاخيار لهن ، لأنه لاحاجة (بهن)[3] إلى الفسخ ، لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك ، بخلاف التى قبلها ، وليس بصحيح . فإن السبب متحقق ، وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن .

فإن قيل : فإذا أسلمن اخترن الفسخ . قلنا : يتضررن بطول المدة ، فإن ابتداءها من حين الفسخ ، ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله .

فأما إن اخترن المقام ، وقلن : قد رضينا بالزوج ، فذكر القاضى : أنه يسقط خيارهن ، لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح فيها اختيار الإقامة ، كحالة اجتماعهم على الإسلام ، وقال أصحاب الشافعى: لايسقط خيارهن ، لأن اختيارهن الإقامة ضدٌّ للحالة التى هن عليها ، وهى جريانهن إلى البينونة[4] فلم يصح ، كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها. وهذا يبطل بما إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، ثم عتقت ، فاختارت زوجها .

---

(١) فى المخطوطه ١٨ : ولو أسلم .
(٢) فى المخطوطة ٢٠ : منذ أسلمن .
(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٨
(٤) فى المخطوطة ١٨ : إلى بينونة .

(فصـــــل)

وإذا أسلم الحر وتحته إماء فأعتقت إحداهن ، ثم أسلمت ، ثم أسلم البواقى ، لم يكن له أن يختار من الإماء ، لأنه مالك لعصمة حرة حين اجتماعهما على الإسلام ، وإن أسلمت إحداهن معه ثم أعتقت ، ثم أسلم البواقى فله أن يختار من الإماء ، لأن العبرة بحال الاختيـار ، وهى حالة اجتماعهم على الإسلام . وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة

٥٣٩٤ (فصـــــل)

ولو أسلم وتحته أربع إماء ، وهو عادم للطول ، خائف للعنت ، فأسلمن معه ، فله أن يختار منهن واحدة. فإن كانت لاتعفه فله أن يختار منهن من تعفه فى إحدى الروايتين . والأخرى : لايختار إلا واحدة . وهذا مذهب الشافعى . وتوجيههما قد مضى فى ابتداء نكاح الإماء[1] .

وإن عدم فيـه الشرطان انفسخ النكاح فى الـكل . ولم يكن له خيار . وبهـذا قال الشافعى . وقال أبوثور : له أن يختار منهن ، لأنه استدامة للعقـد لا ابتداء له ، بدليل أنه لايشترط له شروط العقـد . فأشبه الرجعة .

ولنـا : أن هذه امرأة لايجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام ، فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره ، وكذوات محارمه . وأما الرجعة فهى قطع جريان النكاح إلى البينونة ، وهذا إثبات النكاح فى امرأة . وإن كان دخل بهن ثم أسلم ، ثم أسلمن فى عدتهن ، فالحـكم كذلك . وقال أبوبكر : لايجوز له ههنا اختيـار ، بل يبِنّ بمجرد إسلامه ، لئلا يفضى إلى استدامة نكاح مسلم فى أمة كافرة

ولنـا : أن إسلامهن فى العدة بمنزلة إسلامهن معه ، ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أووثنيات فأسلمن فى عدتهن كان ذلك كإسلامهن معه . وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن ، سواء كن كتابيات أم لا ، لأنه لايجوز له استدامة النكاح فى أمة كتابية

٥٣٩٥ (فصـــل)

ولو أسلم وهو واجد للطول ، فلم يسلمن حتى أعسر ، ثم أسلمن ، فله أن يختار منهن ، لأن شرائط النـكاح تعتبر فى وقت الاختيار ، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام ، وهو حينئذ عادم للطول ، خائف للعنت ، فـكان له الاختيار وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر ، لم يكن له الاختيار لذلك . وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ، ثم أسلم البواقى بعد إعساره ، لم يكن له أن يختار منهن شيئاً ، لأن وقت

(١) انظر ص ١٦٤.

الاختيار دخل بإسلام الأولى . ألا ترى أنه لو كان معسراً كان له اختيارها ، فإذا كان موسراً بطل اختياره . وإن أسلمت الأولى وهو معسر ، فلم تسلم البواقى حتى أيسر ، لزم نكاح الأولى ، ولم يكن له الاختيار من البواقى ، لأن الأولى اجتمعت معه فى حالة يجوز له ابتداء نكاحها ، بخلاف البواقى . ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر ، فلم يختر حتى أيسر ، كان له أن يختار ، لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك ، فتغير حاله لا يسقط ما ثبت له ، كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح .

٥٣٩٦ (فصـــــل)

فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذا أسلمت يختار من أسلمت معه، لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذ أسلمت وحدها. وإن أحب انتظار البواقى جاز ، لأن له غرضاً صحيحاً ، وهو أن يكون منهن من هى أبرُّ عنده من هذه، فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً، وبان البواقى منذ اختلف الدينان . وإن أسلمن فى العدة اختار منهن واحدة ، وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار ، وعِدَدُهُن من حين الاختيار . وإن أسلم بعضهن دون بعض ، بانَ اللاتى لم يسلمن منذ اختلاف الدينان ، والبواقى من حين اختار . وإن اختار التى أسلمت معه حين أسلمت ، انقضت عصمة البواقى وثبت نكاحها . فإن أسلم البواقى فى العدة تبين أنهن بِنَّ منه باختياره وعدتهن من حينئذ . وإن لم يسلمن بِنَّ باختلاف الدين وعدتهن منه . وإن طلق التى أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها ، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً ، لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها . فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له ، لأن الباقيات لم يسلمن معه ، فما زاد العدد على ماله إمساكه فى هذه الحال ، ولا ينفسخ النكاح ، ثم ننظر : فإن لم تسلم البواقى لزمه نكاحها . وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقى ، والأولى معهن . وإن اختار الأولى التى فسخ نكاحها صح اختياره لها، لأن فسخه لنكاحها لم يصح . وفيه وجه آخر ذكره القاضى : أنه لا يصح اختياره لها ، لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقى على الكفر حتى تنقضى العدة، لأننا نتبين أن نكاحها كان لازماً . فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن فى ذلك الوقت ، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ، ولم يكن له أن يختارها . وهـــذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها ، فإنه لا يصح، ولا يجعل إسلامهن الموجود فى الثانى كالموجود سابقاً ، كذلك ههنا .

٥٣٩٧ (فصــــل)

فإن أسلم وتحته إماء وحرة ، ففيه ثلاث مسائل :

٥٣٩٨ إحـــــداها

أسلم وأسلمن معه كلهن ، فإنه يلزم نـكاح الحرة ، وينفسخ نـكاح الإماء ، لأنه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور : له أن يختار ، وقد مضى الـكلام معه .

٥٣٩٩ الثـــــانية

أسلمت الحرة معه دون الإماء ، فقد ثبت نـكاحها ، وانقطعت عصـمة الإماء ، فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بِنّ باختلاف الدين ، وابتداء عدتهن من حين أسلم ، وإن أســلمن فى عِدَدِهِنَّ بِنّ من حين إسلام الحرة ، وعِدَدُهن من حين إسلامها ، فإن ماتت الحرة بعد إسلامها لم يتغير الحـكم بموتها، لأن موتها بعد ثبوت نـكاحها ، وانفساخ نـكاح الإماء لا يؤثر فى إباحتهن .

٥٤٠٠ الثـــــــالثة

أسلم الإماء دون الحرة وهو معسر ، فلا يخلو إما أن تنقضى عدتها قبل إسلامها ، فتبين باختلاف الدين، وله أن يختار من الإماء ، لأنه لم يقدر على الحرة. أو يسلم فى عدتها فيثبت نـكاحها ، ويبطل نـكاح الإماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ، وليس له أن يختار من الإماء قبل إسلامها وانقضاء عدتها ، لأننا لا نعلم أنها لا تسلم . فإن طلق الحرة ثلاثاً قبل إسلامها ، ثم لم تسلم ، لم يقطع الطلاق، لأنا تبينا أن النـكاح انفسخ باختلاف الدين ، وله الاختيار من الإماء ، وإن أســلمت فى عدتها بان أن نـكاحها كان ثابتاً ، وأن الطلاق وقع فيه ، والإماء بِنَّ بثبوت نـكاحها قبل الطلاق .

٥٤٠١ (فصـــــــل)

وإن أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ، ، ثم عتقن قبل إسلامها ، لم يكن له أن يختار منهن ، لأن نـكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرة ، وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار ، وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، ثم ننظر : فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ، فلا يختار إلا واحدة ، اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإن أسلمت فى عدتها ثبت نـكاحها وانقطعت عصمتهن . فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات فى عدة الحرة ، ثم لم تسلم ، فلا عبرة باختياره ، وله أن يختار غيرها ، لأن الاختيار لا يكون موقوفا . فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ، ثم أسلمن ، واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر ، فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون، ثبت نـكاحهن ، وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا ، وتبطل عصمة الخامسة ، لأنهن صرن حرائر فى حالة الاختيار ، وهى حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات ، وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن . ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ، ثم أسلم ،فـكذلك ويكون الحـكم فى هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله .

٥٤٠٢ (فصـــل)

ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما ، لأنه لابد أن يلزمه نكاح واحدة منهما ، فلا معنى لانتظار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية . وكذلك إن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع . وإن أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولا ، وينفسخ نكاح الباقية .

وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن ، إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ، ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل ألا يجبر على الاختيار ، لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع ، وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها ، كذا ههنا. والصحيح ههنا : أن يجبر على اختيارها . لما ذكرنا من المعنى ، وأما الأمة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها ، بخلاف مسألتنا .

٥٤٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته ، وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ، ولا مهر لها ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده ، أو أسلما معاً ، فالنكاح باق بحاله ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ، لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية ، فاستدامته أولى . ولا خلاف في هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية .

فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم . فإذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفسخ منها . وقد مضى الكلام في هذا أيضاً بما فيه كفاية [1].

٥٤٠٤ (فصـــل)

وإذا تزوج المجوسي كتابية ثم ترافعا إلينا قبل الإسلام فُرق بينهما . قال أحمد في مجوسي تزوج كتابية : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينه وبين ذلك ؟ قال : الإمام . ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا إلينا ، لأنها أعلى ديناً منه ، فيمنع نكاحها ، كما يمنع الذمي نكاح المسلمة .

وإن تزوج الذمي وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا إلينا ففيه وجهان .

---

(١) انظر المسألة ٥٣٨٥ وما بعدها .

أحدهما : يقر على نكاحها ، لأنها ليست أعلى ديناً منه ، فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية .

والثانى : لا يقر على نكاحها،لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها، فلا يقر الذمى على نكاحها كالمرتدة .

٥٤٠٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وإن كان حراما ، ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه ، حيث أوجب ذلك ﴾

وجملته : أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض إلى مافعلوه ، وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره ، حلالا كان أو حراما[1] ، بدليل قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ».[2] فأمر بترك ما بقى دون ما قبض،وقال تعالى : « فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللهِ ».[3] ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان ، وكثرة تصرفاتهم فى الحرام ، ففيه تنفيرهم عن الإسلام ، فعفى عنه كما عفى عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك ، فبرئت ذمة من هو عليه منه ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا .

وإن لم يتقابضا ، فإن كان المسمى حلالا وجب ما سمياه ، لأنه مسمى صحيح فى نكاح صحيح ، فوجب كتسمية المسلم ، وإن كان حراما كالخمر والخنزير بطل ، ولم يحكم به ، لأن ماسمياه لايجوز إيجابه فى الحكم ، ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ، ولا فى نكاح مسلم ، ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول ، وهذا معنى قوله : حيث أوجب ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة : إن كان صداقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا غير معينين فلها فى الخمر القيمة ، وفى الخنزير مهر المثل استحساناً .

ولنا : أن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام . فكان الواجب مهر المثل ، كما لو أصدقها خنزيراً ، ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا .

٥٤٠٦ (فصـــــل)

وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قُبض ، ووجب بحصة مابقى من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية، فقبلت خمساً منها،سقط نصف المهر،ووجب لها نصف مهر المثل.

(١) فى المخطوطة ١٨ : سواء كان حلالا أو حراما .

(٢) سورة البقرة آيه ٢٧٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٧٥

وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل . فى أحد الوجهين . لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه .

والثانى : يقسم على عددها . لأنه لا قيمة لها ، فاستوى صغيرها وكبيرها .

وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان . أحدهما : يقسم على عددها لما ذكرنا . والثانى : يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه ، كما يقوّم شِجَاج الحر كأنه عبد .

وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم . والثانى : يقسم على عدد الأجناس ، فيجعل لكل جنس ثلث المهر . والثالث : يقسم على العدد كله ، فلكل واحد سدس المهر . فللكلب سدسه ، ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ، ومذهب الشافعى فيه على نحو من هذا .

٥٤٠٧ (فصـــــــل)

فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو مالا يُقَرُّون عليه إذا أسلموا ، كنكاح ذوات الرحم المحرم ، فأسلما قبل الدخول ، أو ترافعوا إلينا ، فرق بينهما ، ولا مهر لها ، قال أحمد فى المجوسية تكون تحت أخيها ، أو أبيها فيطلقها ، أو يموت عنها ، فترفع إلى المسلمين بطالب مهرها : لا مهر لها ، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله ، لا يقر عليه فى الإسلام ، وحصل فيه الفرقة قبل الدخول . فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل ؟ يخرج على الروايتين فى المسلم إذا وطىء امرأة من محارمه بشبهة .

٥٤٠٨ (فصـــل)

إذا تزوج ذمى ذمية على ألا صداق لها ، أو سكت عن ذكره ، فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، كما فى نكاح المسلمين . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إن تزوجها على ألا مهر لها فلا شىء لها ، وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان . إحداهما لا مهر لها . والأخرى : لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها . وقد أسقطت حقها ، والذمى لا يطالب بحق الله تعالى .

ولنا : أن هذا نكاح خلا عن تسمية ، فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة . وإنما وجب المهر فى حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة ، وهذا يوجد فى حق الذمى .

٥٤٠٩ (فصـــــل)

إذا ارتفعوا إلى الحاكم فى ابتداء العقد ، لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين ؛ لقول الله عز وجل : « وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ[1] » وقوله : « وَأَنِ احْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ[2] » ولأنه لاحاجة

(١) سورة المائدة الآية ٤٢ (٢) سورة المائدة الآية ٤٩

إلى عقده بخلاف ذلك . وإن أسلموا وترافعوا إلينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ، ونظرنا فى الحال. فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما . فإن تزوج معتدة وأسلما ، أو ترافعا فى عدتها ، فرق بينهما ، لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها ، وإن كان بعد انقضائها أقرا لجواز ابتداء نكاحها ، وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه ، لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح ، فإن كان فى المدة فهما لا يعتقدان تأبيده ، والنكاح عقد مؤبد، إلا أن يكونا ممن يعتقدون[1] فساد الشرط ، وصحة النكاح مؤبداً ، فيقران عليه . وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء ، أو شاء أحدهما ، لم يقرا عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه، إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده ، وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك ، وإن كان بعدها أقرا ، لأنهما يعتقدان لزومه ، وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه ، ومالا فلا .

فلو مهر حربى حربية فوطئها ، أو طاوعته ثم أسلما ، فإن كان ذلك فى اعتقادهم نكاحاً أقرا عليه ، لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها، فأقرا عليه كالنكاح بلا ولى ، وإن لم يعتقداه نكاحاً لم يقرا عليه .

٥٤١٠ (فصـــل)

وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، من وقوع الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، ووجوب المهر ، والقسم ، والإباحة للزوج الأول ، والإحصان ، وغير ذلك . وممن أجاز طلاق الكفار عطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وحماد ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولم يجوزه الحسن ، وقتادة ، وربيعة ، ومالك .

ولنا : أنه طلاق من بالغ عاقل فى نكاح صحيح ، فوقع كطلاق المسلم : فإن قيل:لا نسلم صحة أنكحتهم. قلنا : دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال : « وامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَب[2] » وقال : « امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ[3] » وحقيقة الإضافة تقتضى زوجية صحيحة ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ولدتُ من نكاح لا من سِفَاح[4] » : وإذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين .

---

(١) فى النسخ المطبوعة (ممن يعتقدا) بحذف النون ، وهو خطأ . وفى الشرح الكبير (إلا أن يعتقدا) (ف) .

(٢) سورة المسد آية ٤

(٣) فى النسخ المطبوعة (وامرأة فرعون) ولا توجد فى القرآن . والمذكور (امرأة فرعون) بدون عطف وبرفع امرأة فى سورة القصص آية ٩ وبنصب امرأة فى سورة التحريم آية ١١ (ف) .

(٤) روى (خرجت من نكاح غير سفاح)أخرجه ابن سعد عن عائشة.وروى (خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدنى أبى وأمى ، لم يصبنى من سفاح الجاهلية شىء) أخرجه ابن عدى والطبرانى فى الأوسط عن على (ف) .

فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ، وأصابها ثم أسلما ، لم يقرا عليه . وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ، ثم أسلما فهى عنده على ما بقى من طلاقها . وإن نكحها كتابى وأصابها ، حلت لمطلقها ثلاثاً ، سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً ، وإن ظاهر الذمى من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار ، لقوله تعالى: « والذِّينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[١] » وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى : « للَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[٢] » .

٥٤١١ (فصـــل)

ويحرم عليهم فى النكاح مايحرم على المسلمين على ماذكرنا فى الباب قبله ، إلا أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين .

أحدهما: أن لا يترافعوا إلينا. والثانى: أن يعتقدوا إباحة ذلك فى دينهم، لأن الله تعالى قال: « فَإِنْ جَاءُوكَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً[٣] » فدل هذا على أنهم يخلون بأحكامهم إذا لم يجيئوا إلينا، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ، ولم يعترض عليهم فى أحكامهم ، ولا فى أنكحتهم ، مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روى عن أحمد فى المجوسى يتزوج نصرانية قال : يحال بينه وبينها . قيل :من يحول بينهما ؟ قال : الإمام . قال : أبو بكر :لأن علينا ضرراً فى ذلك ،يعنى بتحريم أولاد النصرانية علينا ، وهكذا يجىء على قوله فى تزويج النصرانى المجوسية ، ويجىء على هذا القول: أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم . فإن عمر رضى الله عنه كتب : « أَنْ فَرِّقوا بين كل محرَّم من المجوس ». وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية : يحال بينه وبينها، ويجبر على بيعها ، لأن النصارى لهم دين فإن ملك نصرانى مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال أبو بكر عبد العزيز : لا يجوز له وطؤها أيضاً، لما ذكرناه من الضرر .

٥٤١٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك ، إلا أن عليه نصف المهر ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح فى قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن داود : أنه لا ينفسخ بالردة ، لأن الأصل بقاء النكاح .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلاَ تُمْسِكوا بعِصَم الكوافر » وقال تعالى : « فلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » ، ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة ، فأوجب فسخ النكاح ،

---

(١) سورة المجادلة آية ٣ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٣) سورة المائدة آية ٤٢

كما لو أسلمت تحت كافر، ثم ينظر . فإن كانت المرأة هى المرتدة فلا مهر لها ، لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر ، لأن الفسخ من جهته . فأشبه ما لو طلق ، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل .

٥٤١٣ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها . ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين .

فنى إحداهما : تتعجل الفرقة ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، وروى ذلك عن الحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، والثورى ، وزفر ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع .

والثانية : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان[١] . وهذا مذهب الشافعى . لأنه لفظ تقع به الفرقة ، فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعى ، أو اختلاف دين بعد الإصابة، فلا يوجب فسخه فى الحال كإسلام الحربية تحت الحربى ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع .

فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها ، لأنها بائن منه[٢] . وإن قلنا : يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها ، لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها ، وتلافى نكاحها ، فلم يكن لها نفقة ، كما بعد العدة. وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها ، بأن تسلم، ويمكنه تلافى نكاحها ، فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية .

٥٤١٤ (فصـــل)

فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما ، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتعجل ، أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين ، وهذا مذهب الشافعى . قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب ، فهو أحق بها ، ما لم تنقض العدة . وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ النكاح استحساناً ، لأنه لم يختلف بهما الدين ، فأشبه ما لو أسلما .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : اختلف ديناهما . (٢) فى المخطوطة ١٨ : لأنها بانت منه .

ولنا . أنها ردة طارئة[1] على النكاح ، فوجب أن يتعلق بها فسخه ، كما لو ارتد أحدهما ، ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كما له ، وما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية ، فإن نكاحهما ينفسخ ، وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ، ويقران عليه بخلاف الردة .

٥٤١٥ (فصل)

وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها ، فإن وطئها فى عدتها وقلنا : إن الفرقة تعجلت ، فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ، مع الذى يثبت عليه بالنكاح ، لأنه وطء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا : إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً فى عدتها ، وكانت الردة منهما ، فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ، لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه ، وطئها وهى زوجته . وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها ، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ، لأنه وطء فى غير نكاح يشبه النكاح ، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وهذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها فى العدة قبل إسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا ، لما ذكرنا من التعليل فيه .

٥٤١٦ (فصل)

وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت ، فإن لم يسلم الآخر فى العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان ، وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وإن أسلم الآخر منهما فى العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد ، لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثانى فى العدة . ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليهن فى هذه الحال ، وكذلك لو ارتددن دونه أو معه ، لم يكن له أن يختار منهن كذلك .

٥٤١٧ (فصل)

فإذا تزوج الكافر بمن لا يُقرّ على نكاحه فى الإسلام مثل أن جمع بين الأختين أو بين عشر نسوة ، أو نكح معتدة ، أو مرتدة ، ثم طلقها ثلاثاً ، ثم أسلما ، لم يكن له أن ينكحها ، لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح ، فكذلك فى الطلاق ، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين ، والخامسة المعقود عليها آخراً .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أن الردة طارئة .

٥٤١٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ، فلا نكاح بينهما ، وإن سموا مع ذلك صداقا أيضاً ﴾

هذا النكاح يسمى الشغار . فقيل إنما سمى شغاراً لقبحه ، تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول فى القبح ، يقال . شغر الكلب ، إذا رفع رجله ليبول ، وحكى عن الأصمعى أنه قال : الشغار : الرفع ، فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد . ولا تختلف الرواية عن أحمد فى أن نكاح الشغار فاسد ، رواه عنه جماعة قال أحمد : وروى عن عمر ، وزيد بن ثابت،أنهما فرقا فيه ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وحكى عن عطاء ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، والزهرى ، والثورى : أنه يصح ، وتفسد التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد ، كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا : ما روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار » متفق عليه . وروى أبو هريرة مثله ، أخرجه مسلم[١] .وروى الأثرم بإسناده عن عمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا جَلَب ولا جَنَب[٢] ولا شغار فى الإسلام » . ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا فى الآخر فلم يصح ، كما لو قال : بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى ، ، وقولهم : إن فساده من قبل التسمية . قلنا : بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ، أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للأخرى ، فكأن ملكه إياه بشرط انتزاعه منه . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك .

وقال الشافعى ، هو أن يقول ذلك ، ولا يسمى لكل واحدة صداقا ، لما روى ابن عمر : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجتك بنتى ، على أن تزوجنى بنتك ، ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى » .

ولنا :ما روى ابن عمر : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار:أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته،وليس بينهما صداق»[٣] وهذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه، وفى حديث أبى هريرة

(١)حديث أبى هريرة رواه مسلم عن ابن أبى شيبة عن ابن نمير وأبى أسامة .وروى مثله من حديث ابن عمر . رضى الله عنهما . انظر [الصحيح ٢|١٠٣٤،١٠٣٥ حلبى] .

(٢) الجلب فى سباق الخيل أن يتبع الرجل فرسه فيزجره ويجلب عليه حثا له على الجرى ـ وفى الصدقة بأن ينزل المصدق على أهل الزكاة فى موضع ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها ..والجنب فى السباق: أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وفى الصدقة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ثم يأمر [بالأموال أن تجنب إليه . والمشروع فى الصدقة أن يأخذها من أماكنها . (ف)

(٣)رواه مسلم عن يحيى بن يحيى (الصحيح ٢/١٠٣٤ حلبى) (ف)

«والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجنى ابنتك ، وأزوجك ابنتى، أوزوجنى أختك وأزوجك أختى»[1] رواه مسلم. وهذا يجب تقديمه لصحته ، وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ، ويفسد النكاح بأى ذلك كان ، ولأنه إذا شرط فى نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد ، كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال:زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة،أو مهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون، أو أقل أو أكثر، فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا صحته ، وهو قول الشافعى . لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه سمى صداقاً فصح ، كما لو لم يشترط ذلك وقال الخرقى: لا يصح، لحديث أبى هريرة، ولما روى أبو داود عن الأعرج « أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته ، وكانا جعلا صداقا ، فكتب معاوية إلى مروان،فأمره أن يفرق بينهما ، وقال فى كتابه : « هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح ، كما لو لم يسميا صداقا . يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد، بدليل نكاح المفوضة، فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ، ولأنه سلف فى عقد فلم يصح ، كما لو قال : بعتك ثوبى بعشرة على أن تبيعنى ثوبك بعشرين . وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك . فأما إذا قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى ، فالنكاح فاسد ، لأنه صرح بالتشريك ، فلم يصح العقد ، كما لو لم يذكر مسمى .

٥٤١٩ (فصـــل)

ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان .

أحدهما : تفسد التسمية . ويجب مهر المثل ، وهذا قول الشافعى ، لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليته صاحبه ، فينقص المهر لهذا الشرط ، وهو باطل . فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا[2] فبطل

والوجه الذى ذكره القاضى فى الجامع : أنه يجب المسمى ، لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال : زوجتك ابنتى على ألف ،على أن لى منها مائة ، والله أعلم .

٥٤٢٠ (فصـــل)

وإن سمى لإحداهما مهراً دون الأخرى ، فقال أبو بكر : يفسد النكاح فيهما ، لأنه فسد فى إحداهما ، ففسد فى الأخرى . والأولى : أنه يفسد فى التى لم يسم لها صداقاً ، لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح

(١) رواه مسلم من زيادة ابن نمير (الصحيح ١٠٣٦/٢ حلبى) .
(٢) فى المخطوطة ٢٠ : جهل المسمى .

الأخرى ، ويكون فى التى سمى لها صداقاً روايتان ، لأن فيه تسمية وشرطاً ، فأشبه مالو سمى لكل واحدة مهراً ، ذكره القاضى هكذا .

٥٤٢١ (فصـــل)

فإن قال : زوجتك جاريتى هذه ، على أن تزوجنى ابنتك ، وتكون رقبتها صداقا لابنتك ، لم يصح تزويج الجارية فى قياس المذهب ، لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته . وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقالها صح،لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا. وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق ، لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح ، فيفسد الصداق ، ويصح النكاح ، ويجب مهر المثل .

٥٤٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال رحمه الله تعالى : ﴿ ولا يجوز نكاح المتعة ﴾ .

معنى نكاح المتعة : أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول : زوجتك ابنتى شهراً ، أو سنة ، أو إلى انقضاء الموسم ، أو قدوم الحاج ، وشبهه . سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة ، فهذا نكاح باطل . نص عليه أحمد ، فقال : نكاح المتعة حرام .

وقال أبو بكر فيها رواية أخرى : أنها مكروهة غير حرام ، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها ؟ فقال : يجتنبها أحب إلى ، قال : فظاهر هذا الكراهة دون التحريم . وغير أبى بكر من أصحابنا يمنع هذا ، ويقول: فى المسألة رواية واحدة فى تحريمها . وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء . وممن روى عنه تحريمها : عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن الزبير . قال ابن عبد البر : وعلى تحريم المتعة: مالك فى أهل المدينة ، وأبو حنيفة فى أهل الكوفة ، والأوزاعى فى أهل الشام ، والليث فى أهل مصر . والشافعى وسائر أصحاب الآثار . وقال زفر : يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

وحكى عن ابن عباس : أنها جائزة ، وعليه أكثر أصحابه : عطاء ، وطاوس . وبه قال ابن جريج ، وحكى ذلك عن أبى سعيد الخدرى ، وجابر ، وإليه ذهب الشيعة ، لأنه قد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فيها ، وروى أن عمر قال : « متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أفأنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ، ومتعة الحج » ، ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالإجارة .

ولنا : ما روى الربيع بن سبرة ، أنه قال : أشهدُ على أبى أنه حدّث أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه فى حجة[1] الوداع[2] » . وفى لفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء » رواه أبو دواد

(١) رواه أبوداود جـ ١ ص٤٧٩ (ف) . (٢) وفى سنن ابن ماجة ١/٦٣٠ حلبى ١٩٥٢م أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة يوم خيبر . وانظر (مجمع الزوائد ٤/٢٦٦ قدسى) .

وفى لفظ رواه ابن ماجة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم المتعة ، فقال : ياأيها الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع ، ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة»[1] . وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أن رسول الله صلى علية وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية » رواه مالك فى الموطأ وأخرجه الأئمة : النسائى[2] وغيره .

واختلف أهل العلم فى الجمع بين هذين الخبرين . فقال قوم : فى حديث على تقديم وتأخير، وتقديره أن النبى صّلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهى عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة فى حديثه أنه كان فى حجة الوداع ، حكاه الإمام أحمد عن قوم . وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعى : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ، ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة . فحمل الأمر على ظاهره ، وأن النبىّ صّلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ، ثم أباحها فى حجة الوداع ثلاثة أيام ، ثم حرمها ، ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق ، والظهار ، واللعان ، والتوارث ، فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة . وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه ، وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير ، قال : قلت لابن عباس : لقد كثرت القالة فى المتعة ، حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثّواء بنا معا … يا صاح هل لك فى فُتَيا ابن عباس ؟
هل لك فى رَخْصَةِ الأطراف آنسةٍ … تكون مثواك حتى مَصْدر الناس

فقام خطيباً وقال : « إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير[3] »

فأما إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه ، وأما حديث عمر — إن صح عنه — فالظاهر أنه ربما قصد الإخبار عن تحريم النبى صلى الله عليه وسلم لها ، ونهيه عنها ، إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبى صلى الله عليه وسلم أباحه ، وبقى على إباحته .

٥٤٢٣ (فصـــل)

وإن تزوجها بغير شرط إلا أن فى نيته طلاقها بعد شهر ، أو إذا انقضت حاجته فى هذا البلد ، فالنكاح

(١) رواية ابن ماجة عن ابن أبى شيبة من حديث الربيع بن سبرة عن أبيه من حديث طويل . انظر (السنن ٦٣١/٢ حلبى ١٩٥٢ م) .

(٢) الموطأ ٥٤٢/٣ حلبى نشر فؤاد عبد الباقى . والنسائى ٩٠/٣ ميمنية . والبخارى فى كتاب المغازى .

(٣) فى مجمع الزوائد ٢٦٥/٤ أن ابن عباس قال : (إنا لله وإنا إليه راجعون والله ما بهذا أفتيت ، ولا هذا أردت ، ولا أحللت منها إلا ما أحل الله من الميتة ولحم الخنزير) قال الهيتمى : ورواه الطبرانى . وفيه الحجاج بن أرطاة ، وهو ثقة ، لكنه مدلس ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

صحيح . في قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعى ، قال : هو نكاح متعة ، والصحيح أنه لا بأس به ، ولا تضر نيته ، وليس على الرجل أن ينوى حبس امرأته، وحسبه إن وافقته وإلا طلقها .

٥٤٢٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو تزوجها على أن يطلقها فى وقت بعينه لم ينعقد النكاح ﴾

يعنى : إذا تزوجها على أن يطلقها فى وقت معين لم يصح النكاح ، سواء كان معلوما أو مجهولا ، مثل أن يشترط عليها طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها . وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، ويبطل الشرط ، وهو أظهر قول الشافعى ، قاله فى عامة كتبه ، لأن النكاح وقع مطلقاً ، وإنما شرط على نفسه شرطا ، وذلك لا يؤثر فيه ، كما لو شرط ألا يتزوج عليها ، ولا يسافر بها .

ولنا : أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح ، فأشبه نكاح المتعة . ويفارق ما قاسوا عليه ، فإنه لم يشترط قطع النكاح .

٥٤٢٥ ﴿ المســألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله ﴾

وجملته : أن نكاح المحلل حرام باطل فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والنخعى ، وقتادة ، ومالك ، والليث ، والثورى ، وابن المبارك ، والشافعى . وسواء قال : زوجتكها إلى أن تطأها ، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها . وحكى عن أبى حنيفة : أنه يصح النكاح ، ويبطل الشرط . وقال الشافعى فى الصورتين الأوليين : لا يصح ، وفى الثالثة على قولين .

ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . رواه أبو داود وابن ماجة[1] ، والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح[2] . والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، منهم : عمر بن الخطاب ، وعثمان ، وعبد الله بن عمر . وهو قول الفقهاء من التابعين . وروى ذلك عن على ، وابن مسعود ، وابن عباس . وقال ابن مسعود : « المحلِّل والمحلَّل له ملعون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم » .

وروى ابن ماجة ، عن عقبة بن عامر : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار

(١) سنن ابن ماجة ٦٢٢/١ ح ١٩٥٢ م عن الواسطى ، وعن مجالد من حديث على رضى الله عنه .

(٢) انظر صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٤٢/٥ — ٤٤ . قال الترمذى : حديث على وجابر معلول .... ليس إسناده بالقائم ، لأن مجالد بن سعيد ضعفه بعض أهل العلم . منهم أحمد بن حنبل . أما الصحيح فهو رواية ابن مسعود . وهى فى الصحيح ٤٤/٥ .(ف)

قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له »[١] ، وروى الأثرم بإسناده عن قَبِيصة بن جابر ، قال : سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : « والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما » ، ولأنه نكاح إلى مدة ، أو فيه شرط يمنع بقاءه ، فأشبه نكاح المتعة .

٥٤٣٦ (فصــــل)

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره فى العقد ، ونواه فى العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل أيضا . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفى نفسه أن يحلها لزوجها الأول ، ولم تعلم المرأة بذلك ، قال هو : محلل ، إذا أراد بذلك الإحلال ، فهو ملعون[٢] . وهذا ظاهر قول الصحابة رضى الله عنهم . وروى نافع ، عن عمر : « أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها ، لم يأمرنى ولم يعلم . قال : لا . إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكها ، وإن كرهتها فارقها . قال : وإن كنا نعده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا »[٣] وقال : لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة ، إذا علم أنه يريد أن يحلها . وهذا قول عثمان رضى الله عنه ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له : إن عمى طلق امرأته ثلاثا ، أيحلها له رجل ؟ قال: « من يخادع الله يخدعه » . وهذا قول الحسن ، والنخعى ، والشعبى ، وقتادة ، وبكر المزنى ، والليث ، ومالك ، والثورى ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعى : العقد صحيح ، وذكر القاضى فى صحته وجها مثل قولهما ، لأنه خلا عن شرط يفسده ، فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، أو ما لو نوت المرأة ذلك ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، بدليل ما لو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ، ولو نوى ذلك لم يبطل . ولأنه روى عن عمر رضى الله عنه ما يدل على إجازته . وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين ، قال : « قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار ، وعليه إزار من بين يديه رقعة ، ومن خلفه رقعة ، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته

---

(١) ابن ماجه ٦٢٣،٦٢٢/١ حلبى عن يحى بن عثمان من حديث عقبه بن عامر . وفى سناده مشرح بن عاهان . ذكره ابن حبان فى الثقات وقال: يخطىء ويخالف . وذكره فى الضعفاء وقال : يروى عن عقبة مناكير لايتابع عليها . وقال ابن يونس كان فى جيش الحجاج الذين رموا الكعبة . ووثقه ابن معين والذهبى . وقال ابن حبان . الصواب ترك ما انفرد به .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : وهو ملعون .

(٣) أخرجه الحاكم فى المستدرك جـ٢ ص ١٩٩ وقال . هذا حديث على شرط الشيخين . ولم يخرجاه . ورواه الطبرانى فى الأوسط (ف) .

فطلقها ، فقال لها : هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئا ويحلك لى ؟ قالت : نعم ،إن شئت . فأخبروه بذلك . قال : نعم . وتزوجها ، ودخل بها . فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار ، فجاء القرشى يحوم حول الدار ويقول : ياوَيْـله غُلِب على امرأته . فأتى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين غُلِبْت على امرأتى . قال : من غلبك ؟ قال : ذو الرقعتين . قال : أرسلوا إليه ، فلما جاء الرسول ، قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟ قال : ليس بموضعى بأس . قالت : إن أمير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك . فقل : لا . والله لا أطلقها ، فإنه لا يُكْرِهك ، وألبسته حلة ، فلما رآه عمر من بعيد . قال : الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين ، فدخل عليه فقال : أتطلق امرأتك ؟ قال : لا . والله لا أطلقها . قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط » رواه سعيد ، عن هشام ، عن يونس بن عبيد ، عن ابن سيرين نحواً من هذا . وقال : من أهل المدينة ، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ، ولم ير به عمر بأساً .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . وقول من سمينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم ، فيكون إجماعا ، ولأنه قصد به التحليل ، فلم يصح ، كما لو شرطه . وأما حديث ذى الرقعتين ، فقال أحمد : ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر ، وقال أبو عبيد : هو مرسل ، فأين هو من الذى سمعناه يخطب على المنبر : « لا أوتَى بمحلِّل ولا محلَّل له إلا رجمتهما » ؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ، ولا نواه ، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع .

٥٤٢٧ (فصـــــل)

فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصـــد نـكاح رغبة ، صح العقد ، لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه فصـــح ، كما لو لم يذكر ذلك ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين ، وإن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد . وقال الحسن وإبراهيم : إذا هم أحد الثلاثة ، فسد النـكاح . قال أحمد : كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون فى ذلك . قال أحمد : الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشىء ، إنما قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم: « لعن الله المحلل والمحلل له » . ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج ، لأنه الذى إليه المفارقة والإمساك ، أما المرأة فلا تملك رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئا من العقـد ولا من رفعه ، فهو أجنبى كسائر الأجانب .

فإن قيل : كيف لعنه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل، لأنها لم تحل له ، فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك .

٥٤٢٨ (فصـــــل)

فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ، ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل : إذا طلقها ثلاثا وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر ، يؤدبان جميعا ، وهذا فاسد ليس بكفء ، وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساده بشيئين : أحدهما : شبهه بالمحلل ، لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له . الثاني : كونه ليس بكفء لها ، وتزويجه لها في حال كونه عبداً أبلغ في هذا المعنى ، لأن العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى ، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غير إرادته ، بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه ، والمولى بخلاف ذلك .

ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل ، لأن المعتبر في الفساد نية الزوج ، لا نية غيره ، ولم ينو ، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة ، لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته .

٥٤٢٩ (فصـــــل)

ونكاح المحلل فاسد، يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ، ولا يحصل به الإحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة . فإن قيل : فقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم محللا ، وسمى الزوج محللا له ، ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا له . قلنا : إنما سماه محللا لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل ، كما قال صلى الله عليه وسلم : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » . وقال الله تعالى : « يُحِلُّونَهُ عَاماً وَيُحَرِّمُونَهُ عَاماً »[1] ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له ، لم يكونا ملعونين .

٥٤٣٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال رحمه الله : ﴿ وإذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره ، أو عقد نكاحا لمحرم على محرمة ، فالنكاح فاسد ﴾

وجملته : أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ، ككونه ولياً أو وكيلا ، فإنه

---

(١) سورة التوبة آية ٣٧

لا يصح ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لاينكح المُحْرِم ولا يُنكح ولا يخطب[1] » رواه مسلم[2] . وإن عقد الحلال نكاحا لمحرم بأن يكون وكيلا له ، أو وليا عليه ، أو عقده على محرمة لم يصح ، لدخوله فى عموم الحديث ، لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح .

وحكى القاضى فى كون المحرم وليا لغيره روايتين .

إحداها : لا تصح ، وهى اختيار الخرقى .

والثانية : تصح ، وهى اختيار أبى بكر ، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه فى دواعى الوطء المفسد للحج ، ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره ، والأول أولى ، لدخوله فى عموم الخبر ، ولأنه عقد لا يصح للمحرم ، فلا يصح منه كشراء الصيد ، ولقد مضت هذه المسألة فى الحج بأبسط من هذا الشرح .

٥٤٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ وأى الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا ، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء ، أو الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ النكاح ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٤٣٢ الأول

أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وابنه ، وابن عباس ، وبه قال جابر ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن على : « لا ترد الحرة بعيب » . وبه قال النخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وعن ابن مسعود : « لاينفسخ النكاح بعيب » ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه . إلا أن يكون الرجل مجبوبا ، أو عِنِّينا ، فإن للمرأة الخيار . فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ، ولا يكون فسخا ، لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة ، وسائر العيوب .

ولنا : أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء ، فأثبت الخيار كالجَبّ والعنة ، ولأن المرأة أحد العوضين فى النكاح ، فجاز رده بالعيب كالصداق ، أو أحد العوضين فى عقد النكاح ، فجاز رده بالعيب ، أو أحد

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ مسلم فى صحيحه عن عثمان بن عفان ج ٢ ص ١٠٣١ (ف) .

(٢) ورواه الهيثمى فى مجمع الزوائد ٤/٢٦٨ قدسى : من حديث عثمان بن عفان بزيادة (عليه) بعد (ولا يخطب) .

الزوجين ، فثبت له الخيار بالعيب فى الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء ، بخلاف العيوب المختلف فيها .

فإن قيل : فالجنون ، والجذام ، والبرص لا يمنع الوطء ، قلنا : بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ، ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله ، والمجنون يخاف منه الجناية ، فصار كالمانع الحسى.

٥٤٣٣ (الفصل الثانى فى عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهى فيما ذكر الخرقى ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى : الجنون ، والجذام ، والبرَص . واثنان يختصان الرجل وهما : الجبُّ ، والعُنّة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهى : الفتَق والقرَن ، والعفَل . وقال القاضى : هى سبعة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحداً ، وهو الرتق أيضا ، وذلك لحم ينبت فى الفرج . وحكى ذلك عن أهل الأدب ، وحكى نحوه عن أبى بكر ، وذكره أصحاب الشافعى . وقال الشافعى : القرن : عظم فى الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره : لا يكون فى الفرج عظم، إنما هو لحم ينبت فيه . وحكى عن أبى حفص أن العفل : كالرغوة فى الفرج يمنع لذة الوطء ، فعلى هذا يكون عيباً نامياً ، وقال أبو الخطاب : الرتق أن يكون الفرج مسدوداً ، يعنى أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل : لحم ينبت فى الفرج فيسده ، فهما فى معنى الرتق ، إلا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو : انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل ما بين القبل والدبر .

وذكرها أصحاب الشافعى سبعة ، أسقطوا منها الفتق ، ومنهم من جعلها ستة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحـداً .

وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل ، فيمنع الاستمتاع . والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره ، والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة .

فإن اختلفا فى وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا ، أو مراراً ، واختلفا فى كونه برصا ، أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين ، فاختلفا فى كونه جذاما . فإن كانت للمدعى بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله ، وإلا حلف المنكر ، والقول قوله ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه[1] » وإن اختلفا فى عيوب النساء أريت

(١) أخرجه الشيخان عن ابن عباس (ف)

النساء الثقات ، ويقبل فيه قول امرأة واحدة ، فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة .

وأما المجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يجن فى الأحيان ، لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله ،إلا أن يكون مريضاً يغمى عليه ، ثم يزول ، فذلك مرض لا يثبت به خيار ، فإن زال المرض ودام به الإغماء فهو كالمجنون يثبت به الخيار .

وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن ، وإن اختلفا فى ذلك فالقول قول المرأة ، لأنه يضعف بالقطع ، والأصل عدم الوطء . ويحتمل أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فأشبه من له ذكر قصير .

٥٤٣٤ (الفصل الثالث)

أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه ، لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ، ولا يخشى تعديه ، فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ، ولا نص فى غير هذا ولا إجماع ، ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار ، قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور ، والناسور ، والقروح السيالة فى الفرج ، لأنها تثير نفرة، وتتعدى نجاستها ، وتسمى من لا يحبس نجوُها[١] الشريم ، ومن لا يحبس بولها الماشوله ، ومثلها من الرجال الأفين . وقال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأن فيه نقصا وعاراً ، ويمنع الوطء أو يضعفه .

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار «أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى ، فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال: لا . قال : أعلمها ثم خيرها » .

وفى البَخَر وكون أحد الزوجين خنثى ، وجهان .

أحدهما: يثبت الخيار ، لأن فيه نفرة ونقصا وعاراً ، والبخر : نتن الفم ، وقال ابن حامد هو . نتن فى الفرج يثور عند الوطء ، وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخراً ، ويثبت الخيار ، وإلا فلا معنى له ، فإن نتن الفم يسمى بخراً ، ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره ، وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجها واحداً ، كالقرع ، والعمى ، والعرج ، وقطع اليدين ، والرجلين ، لأنه لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديه ، ولا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً إلا أن الحسن قال : إذا وجد الآخر عقيما يخير ، وأحب أحمد تبيين أمره ،

---

(٢) النجو ما خرج من البطن من ريح أو غائط (ف) .

وقال : عسى امرأته تريد الولد ، وهذا فى ابتداء النكاح . فأما الفسخ فلا يثبت به ، ولو ثبت بذلك لثبت فى الآية ، ولأن ذلك لا يعلم ، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب ، ثم يولد له وهو شيخ ، فلا يتحقق ذلك منهما ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم .

٥٤٣٥ (الفصل الرابع)

أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً ، وبه عيب من غير جنسه ، كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فالكل واحد منهما الخيار لوجود سببه ، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لهما الخيار ، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع ، وإنما امتنع لعيب نفسه .

وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان . أحدهما : لا خيار لهما ، لأنهما متساويان ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه، فأشبها الصحيحين . والثانى: له الخيار لوجود سببه ، فأشبه ما لو غر عبدٌ بأمة .

٥٤٣٦ (فصـــل)

وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان .

أحدهما: يثبت الخيار ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه قال : فإن جب قبل الدخول فلها الخيار فى وقتها، لأنه عيب فى النكاح يثبت الخيار مقارنا ، فأثبته طارئاً كالإعسار وكالرق ، فإنه يثبت الخيار إذا قارن ، مثل أن تغر الأمة من عبد ، ويثبته إذا طرأت الحرية ، مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ، ولأنه عقد على منفعة ، فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة .

والثانى : لا يثبت الخيـار ، وهو قول أبى بكر ، وابن حامد . ومذهب مالك ، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد . أشبه الحادث بالمبيع . وهذا ينتقض بالعيب الحادث فى الإجارة .

وقال أصحاب الشافعى . إن حدث بالزوج ثبت الخيار ، وإن حدث بالمرأة فكذلك فى أحد الوجهين. والآخر لا يثبته ، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

ولنا : أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقاً ،فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين .

٥٤٣٧ (فصـــــــل)

ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : ألا يكون عالماً بها وقت العقد ، ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها فى العقد أو بعده فرضى فلا خيار له . لا نعلم فيه خلافا ، لأنه رضى به ، فأشبه مشترى المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً، كمن ظن أن البرص فى قليل من جسده فبان فى كثير منه، فلا خيار له أيضاً . لأنه من جنس مارضى به ، وإن رضى بعيب فبان به غيره فله الخيار ، لأنه وجد به عيباً لم يرض به ، ولا بجنسه فثبت له الخيار، كالمبيع إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره . وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد ، كأن كان به

قليل من البرص فانبسط فى جلده ، فلا خيار له ، لأن رضاه به رضى بما يحدث منه .

٥٤٣٨ (فصـــل)

وخيار العيب ثابت على التراخى ، لا يسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضى به من القول ، والاستمتاع من الزوج ، أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقى ، لقوله : فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضى : أنه على الفور ، وهو مذهب الشافعى ، فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره ، لأنه خيار الرد بالعيب ، فكان على الفور كالذى فى البيع .

ولنا : أنه خيار له لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخى ، كخيار القصاص ، وخيار العيب فى المبيع يمنعه . ثم الفرق بينهما : أن ضرره فى المبيع غير متحقق ، لأنه قد يكون المقصود ماليته ، أو خدمته ، ويحصل ذلك مع عيبه ، وههنا المقصود الاستمتاع ، ويفوت ذلك بعيبه . وأما خيار الحبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق .

٥٤٣٩ (فصـــل)

ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه مجتهد فيه ، فهو كفسخ العنة ، والفسخ للإعسار بالنفقة . ويخالف خيار المعتقة ، فإنه متفق عليه .

٥٤٤٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وإن كان بعـــده وادعى أنه ما علم حلف، وكان له أن يفسخ وعليه المهر، يرجع به على من غره ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٤٤١ (أحـــدها)

أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه ، سواء كان من الزوج أو المرأة ، وهذا قول الشافعى ، لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها ، فسقط مهرها ، كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلّسته بالإخفاء ، فصار الفسخ كأنه منها ، فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه ؟ قلنا : العوض من الزوج فى مقابلة منافعها ، فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ماعقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها ، وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج ، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها ، لا لتعذر مااستحقت عليه فى مقابلته عوضا فافترقا .

٥٤٤٢ (الفصل الثانى)

أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر ، لأن المهر يجب بالعقد ، ويستقر ، بالدخول ، فلا يسقط

بحادث بعده ، ولذلك لايسقط بردتها ، ولا يفسخ من جهتها ، ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضى فى المجرد فيه روايتين .

إحداهما : يجب المسمى . والأخرى : مهر المثل ، بناء على الروايتين فى العقد الفاسد . وقال الشافعى: الواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد .

ولنا: أنها فرقة بعد الدخول فى نكاح صحيح، فيه مسمى صحيح، فوجب المسمى كغير المعيبة، وكالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح : أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحاً ، كما لو لم يفسخه ، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً، فكذلك إذ فسخه، كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد ، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول ، وسائر أحكام الصحة ، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه، وتعين فسخه ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن الفسخ يثبت حكمه فى حينه غير سابق عليه ، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها ، وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ، ولا يكون النماء لغير المشترى ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح .

٥٤٤٣ (الفصل الثالث)

إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة ، أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ، لأنه رضى بإسقاط حقه ، فسقط ، كما لو علم المشترى بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا فى العلم فالقول قول من ينكره، لأن الأصل عدمه .

٥٤٤٤ (الفصل الرابع)

أنه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر : فيه روايتان .

إحداهما : يرجع به .

والأخرى : لايرجع .

والصحيح أن المذهب رواية واحدة ،وأنه يرجع به ، فإن أحمد قال : كنت أذهب إلى قول على فهبته، فملت إلى قول عمر : «إذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فإن لها المهر بمسيسه إياها ، ووليها ضامن للصداق» وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول ، وبه قال الزهرى ، وقتاده ، ومالك ، والشافعى فى القديم . وروى عن على أنه قال :لايرجع ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد ، لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء، فلا يرجع به على غيره ، كما لو كان المبيع معيبا فأكله .

ولنا ماروى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب، قال عمر ابن الخطاب : « أيما رجل تزوج بامرة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها » ، ولأنه غره

فى النكاح بما يثبت به الخيار ، فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، فإذا ثبت هذا ، فإن كان الولى علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة ، فيرجع عليها بجميع الصداق . فإن اختلفوا فى علم الولى فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم ، وإلا فالقول قوله مع يمينه ، قال الزهرى ، وقتادة : إن علم الولى غرم ، وإلا استحلف بالله العظيم إنه ما علم ، ثم هو على الزوج .

وقال القاضى : إن كان أبا أو جدا أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته ، علم أو لم يعلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تقم بينة بإقراره فالقول قوله [1] ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك ، إلا أنه قال : إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به ، لئلا تصير كالموهوبة ، وللشافعى قولان كقول مالك والقاضى .

ولنا : على أن الولى إذا لم يعلم لا يغرم : أن التغرير من غيره . فلم يغرم . كما لو كان ابن عم . وعلى أنه يرجع بكل الصداق : أنه مغرور منها ، فرجع بكل الصداق ، كما لو غره الولى ، وقولهم : لا يخفى على من يراها لا يصح ، فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ، ولا يحل له رؤيتها ، وكذلك العيوب تحت الثياب ، فصار فى هذا كمن لا يراها ـ إلا فى الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها ، إلا أن يكون غائباً ، وأما الرجوع بالمهر فإنه لسبب آخر ، فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه ، بخلاف الموهوبة .

٥٤٤٥ (فصـــــل)

إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ، ولا يرجع به ، لأنه رضى بالتزام نصف الصداق ، فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ، ولا يرجع به على أحد ، لأن سبب الرجوع الفسخ ، ولم يوجد ، وههنا استقر الصداق بالموت ، فلا يرجع به .

٥٤٤٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة ﴾

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ، ولا يستحق زوجها عليها رجعة ، فلم تجب لها سكنى ولا نفقة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة » . رواه النسائى ، وهذا إذا كانت حائلا ، فإن كانت حاملا فلها النفقة ، لأنها بائن من نكاح صحيح فى حال حملها ، فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثاً ، والمختلعة ، وفى السكنى روايتان . وقال القاضى : لا نفقة لها إن كانت حاملا فى أحد الوجهين ، لأنها بائن من نكاح فاسد ، وكذلك

---

(١) فى الشرح الكبير ٥٨٣/٧ (مع يمينه) (ف) .

قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : لها النفقة ، لأن النفقة للحمل ، والحمل لاحق به ، وينوه على أن النكاح فاسد ، وقد بينا صحته فيما مضى .

٥٤٤٧ (فصـــل)

وليس لولى الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب[١] ، لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ، ولا حظ لهم فى هذا العقد . فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح ، لأنه عقدلهم عقداً لا يجوز عقده ، فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة . وإن لم يعلم بالعيب صح ، كما لو اشترى لهم معيباً لا يعلم عيبه ، ويجب عليه الفسخ إذا علم ، لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ ، والحظ فى الفسخ . ويحتمل ألا يصح النكاح ، لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح ، كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم .

٥٤٤٨ (فصـــل)

وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد ، فالامتناع أولى . وإن أرادت أن تتزوج معيباً فله منعها فى أحد الوجهين .

قال أحمد : ما يعجبنى أن يزوجها بعنين ، وإن رضيت الساعة تكره إذادخلت عليه ،لأن من شأنهن النكاح، ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا. وذلك الضرر فى هذا دائم، والرضى غير موثوق بدوامه، ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة فى ابتداء العقد ، وربما أفضى [ذلك] إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها . فملك الولى منعها، كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء.

والثانى : ليس له منعها ، لأن الحق لها . وقال القاضى : له منعها من نكاح المجنون ، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين ، لأن ضررهما عليها خاصة . وفى الأبرص والمجذوم وجهان .

أحدهما : لا يملك منعها ، لأن الحق لها ، والضرر عليها ، فأشبها المجبوب والعنين .

والثانى : له منعها ، لأن عليـه ضرراً ، فإنه يتعير به ويخشى تعديه إلى الولد ، فأشبه التزويج بمن لا يكافئها ، وهذا مذهب الشافعى . والأولى أن له منعها فى جميع الصور ، لأن عليها فيه ضرراً دائماً ، وعاراً عليها وعلى أهلها ، فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء .

فأما إذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح ، لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . ويكره لهما ذلك ، لما ذكره الإمام أبوعبدالله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد . ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج، لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر . فأشبه مالو زوجها بغير كفء . فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ ، لأن حقه فى ابتداء العقد لا فى دوامه

(١) فى المخطوطه ٢٠ : لمعيب بأحد هذه العيوب .

ولهذا لو دعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ، ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ .

٥٠٤٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلهـا الخيار فى فسخ النكاح ﴾

أجمع أهل العلم على هذا. ذكره ابن المنذر ، وابن عبد البر ، وغيرهما . والأصل فيه خبر بريرة . قالت : عائشة « كانت بريرة ، فخيرها رسول الله عليه وسلم فى زوجها ، وكان عبداً ، فاختارت نفسها — قال عروة : ولو كان حراما ماخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم »[1] رواه مالك وأبو داود النسائى ، ولأن عليهـا ضرراً فى كونها حرة تحت العبد ، فكان لهـا الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر ، فبـان عبـداً ، فإن اختارت الفسخ فلهـا فراقه ، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه ، بعد ذلك ، لأنها أسقطت حقهـا . وهذا مما لاخلاف فيـه بحمد الله .

٥٠٥٠ (فصـــل)

وإن عتقت تحت حر فلا خيار لهـا . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والحسن وعطاء، وسليمان بن يسار، وأبىقلابةوابنأبى ليلى، ومالك، والأوزاعى، والشافعى،وإسحاق. وقال طاوس، وابن سيرين ، ومجاهد ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأصحاب الرأى : لهـا الخيـار . لما روى الأسود ، عن عائشة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم خير بريرة ، وكان زوجها حراً »[2] رواه النسائى ، ولأنها كملت بالحرية ، فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً .

ولـنا : أنها كافأت زوجها فى الـكمال فلم يثبت لهـا الخيار ، كما لو أسلمت الـكتابية تحت مسلم . فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القـاسم بن محمد ، وعروة : « أن زوج بريرة كان عبداً » وهما أخص بهامن الأسود ، لأنهما ابنأخيهاوابنأختها.وقد روىالأعمش، عنابراهيم ، عن الأسود، عن عائشة : « أن زوج بريرة كان عبداً »فتعارضت روايتاه،وقال ابن عباس : كان زوج بريرة عبداً أسود لبنى المغيرة يقال له مغيث[3] رواه البخارى وغيره . وقالت صفيه بنت أبىعبيد : « كان زوج بريرة عبداً » قال أحمد : هذا ابن عباس وعائشة قالا فى زوج بريرة : إنه عبد ، رواية علماء المدينة وعملهم ، وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شىء ، وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده ، وأما غيره فليس بذاك . قال : والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه ، والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبـد لأن العبد ناقص ، ، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر .

(١) النسائى ١٠٢/٢ ميمنية . وانظر الموطأ ٥٦٢/٢ حلبى نشر فؤاد عبد الباقى .

(٢) انظر(سنن النسائى ١٠٢/٢ ميمنية) رواه عنقتيبة عن جرير عنمنصور عن إبرهيم عنالأسودعنعائشة .

(٣) البخارى ٨٤/٧ منيرية. عن عبد الأعلى .وعن قتيبة بن سعيد من حديث ابن عباس أيضا .

٥٤٥٢ (فصـــــل)

وفرقة الخيار فسخ ، لاينقص بها عدد الطلاق . نص عليه أحمد ، ولا أعلم فيه خلافا . قيل لأحمد : لم لا يكون طلاقا ؟ قال : لأن الطلاق ماتكلم به الرجل ، ولأنها فرقة لاختيار المرأة ، فكانت فسخاً كالفسخ لِعُنَّة وعَتَه .

٥٤٥٣ ﴿ مســألة ﴾

قال رحمه الله تعالى ﴿ فإن أعتق، قبل أن تختار ، أو وطئهـا ، بطل خيارها ، علمت أن الخيار لهـا أو لم تعـلم ﴾

وجملة ذلك : أن خيار المعتقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين ، عتق زوجها أو وطئه لها . ولايمنع الزوج من وطئها . وممن قال إنه على التراخي : مالك ، والأوزاعي . وروى ذلك عن عبد الله بن عمر ، وأخته حفصة ، وبه قال سليمان بن يسار ، ونافع ،والزهري ، وقتادة ، وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء[1] السبعة . وقال أبوحنيفة وسائر العراقيين : لها الخيار في مجلس العلم ، وللشافعي ثلاثة أقوال . أظهرها : كقولنا . والثاني : أنه على الفور كخيار الشفعة . والثالث : أنه إلى ثلاثة أيام .

ولنا : ماروى الإمام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال:سمعت رجالا يتحدثون عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها ، إن شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها » رواه الأثرم أيضاً . وروى أبوداود « أن بريرة عتقت وهي عند مغيث ، عبد لآل أبي أحمد ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها : «إن قربك فلا خيــار لك » . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولامخالف لهم في عصرهم . قال ابن عبد البر: لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فثبت كخيار القصاص، أو خيار لدفع ضرر متحقق . فأشبه ما قلناه .

إذا ثبت هذا ، فمتى عتق قبل أن تختار سقط خيارها، لأن الخيار لدفع الضرر بالرق ، وقد زال بعتقه ، فسقط كالمبيع إذا زال عيبه . وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم . نص عليه أحمد . وهو قول من سمينا في صدر المسألة . وذكر القاضي وأصحابه : أن لها الخيار وإن أصيبت

---

(١) الفقهاء السبعة : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وعروة بن الزبير ، وخارجة ابن زيد ، وسليمان بن يسار ، وعبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود . والسابع أبو سلمه بن عبد الرحمن بن عوف وقال ابن المبارك : سالم بن عبد الله بن عمر .وقال أبو الزناد : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام(لقط الدرر ص٩٧) . (ف)

مالم تعلم ، فإن أصابها بعد علمها فلاخيار لها . وهذا قول عطاء ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، والأوزاعي، والشافعي ، وإسحاق ، لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا ، فهو كما لو لم تصب .

ولنا : ما تقدم من الحديث . وروى مالك ، عن ابن شهاب ، عن عروة « أن مولاة لبني عدي يقال لها زَبْراء ، أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت ، قالت : فأرسلت إليّ حفصة فدعتني ، فقالت : إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، فإن مسك فليس لك من الأمر شيء . فقلت : هو الطلاق ثم الطلاق[1] ، ففارقته ثلاثا» .وقال مالك، عن نافع ، عن ابن عمر: « إن لها الخيار ما لم يمسها »،ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ، ولا تفريع على هذا القول .

فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق،وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها،مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها لكونهما في بلد واحد ، وقد اشتهر ذلك ، لم يقبل قولها ، لأنه خلاف الظاهر . وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار ، فالقول قولها ، لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه . وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان .

٥٤٥٤ (فصـــل)

فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله ، سواء أعتقهما رجل واحد أو رجلان . نص عليه أحمد . وعنه : لها الخيار . والأول أولى ، لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ ، فالمقارنة أولى ، كإسلام الزوجين ، وعن أحمد :إذا عتقا معاً انفسخ النكاح. معناه والله أعلم : أنه إذا وهب العبد سرية ، وأذن له في التسري بها ، ثم أعتقهما جميعا ، صارا حرين ، وخرجت عن ملك العبد ، فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد . هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية ،أو اشترى له سرية، ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد . واحتج أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر « أن عبداً له كان له سريتان ، فأعتقهما ، فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد » ، ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة،فلم يبح له التسري بها كالحرة الأصلية . وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك ، لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها ، فلا ينفسخ بإعتاقهما معاً أولى. ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله : انفسخ

---

(١) تكرر في كتاب المغني لفظ (الطلاق مرتين) ولا يتلاءم مع قوله (ففارقته ثلاثا) ورواية الموطأ تكشف ما هنا من نقص ففيه ج ٢ ص ٢٢ (فقلت : هو الطلاق ، ثم الطلاق . ثم الطلاق . ففارقته ثلاثا) (ف)

نكاحها : أن لها فسخ النكاح . وهذا تخريج على الرواية التي تقول : بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حرا .

٥٤٥٥ (فصل)

ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل ، لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه ، وقد روى أبو داود ، والأثرم ، بإسنادهما عن عائشة : « أنه كان لها غلام وجارية ، فتزوجا ، فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم: إني أريد أن أعتقهما ، فقال لها : «فابدئي بالرجل قبل المرأة »[1] وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك ، وقالت للرجل :« إني بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار »

٥٤٥٦ (فصل)

إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال ، لأنه لا عقل لهما ، ولا قول معتبر ، ولا يملك وليهما الاختيار عنهما ، لأن هذا طريقه الشهوة ، فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص .

فإذا بلغت الصغيرة ، وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ ، لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم ، وهذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ ، فإن كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقي : أنه لاخيار لهما ، لأن مدة الخيار انقضت، وعلى قول القاضي وأصحابه: لهما الخيار، لأنه لا رأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى ، بخلاف الكبيرة العاقلة ، ولا يمنع زوجاهما من وطئهما .

٥٤٥٧ ﴿ مسألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ فإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً ﴾

إنما شرط الإعسار في المعتق لأن الموسر يسري عتقه إلى جميعها ، فتصير حرة ، ويثبت لها الخيار ، والمعسر لا يسري عتقه ، بل يعتق منها ما أعتق ، وباقيها رقيق ، فلا تكمل حريتها ، فلا يثبت لها الخيار حينئذ . وهذا قول الشافعي . وعن أحمد : أن لها الخيار ، حكاها أبو بكر واختارها ، لأنها أكمل منه ، فإنها ترث وتورث ، وتحجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الخرقي : أنه لا نص في المعتق بعضها ، ولا هي في معنى الحرة الكاملة ، لأنها كاملة الأحكام . وأيضاً ما علل به أحمد : وهو . أن العقد صحيح ، فلا يفسخ بالمختلف فيه ، وهذه مختلف فيها .

---

(١) ذكر رواية أبي داود بالمعنى ولفظها في سننه ج ١ ص ٥١٨ (ف)

٥٤٥٨ (فصـــل)

ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ، ثم أعتقها فى مرضه بعد الدخول بها ، ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت ، لأنها تخرج من الثلث ، ولها الخيار . وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها فى الحال ، وفى الخيار لها وجهان . فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه ، فإذا استوفى كله عتقت كلها ، ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك . فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ ، لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها . وعلى قول الخرقى لا يبطل ، لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها . فأشبه مالو مكنت منه قبل عتقها . فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار على قول الخرقى ، لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها ، فيعجز الثلث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ، ويسقط خيارها ، فيفضى إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط . وهـذا مذهب الشافعى . وعند أبى بكر لها الخيار ، فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها ، وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها .

٥٤٥٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد ، وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد ﴾

وجملته : أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده ، أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب ، لأنه واجب بالعقد . فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مُسْقِط ، وإن فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول، فلم يسقط بشيء ، وهو للسيد فى الحالين . لأنه وجب بالعقد فى ملكه ، والواجب المسمى فى الحالين ، سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده . وقال أصحاب الشافعى : إن كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى ، وإن كان بعده فالواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى حالة العتق ، فصار الوطء فى نكاح فاسد .

ولنا أنه عقد صحيح ، فيه مسمى صحيح ، اتصل به الدخول قبل الفسخ ، فأوجب المسمى ، كما لو لم يفسخ ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها ، لأنها حرة حينئذ . وقولهم : إن الوطء فى نكاح فاسد ، غير صحيح ، فإنه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ، ويثبت فيه أحكام الوطء فى النكاح الصحيح ، من الإحلال للزوج الأول ، والإحصان ، وكونه حلالا . وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها . نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : للسيد نصف المهر ، لأنه وجب للسيد، فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا : أن الفرقة جاءت من قِبَلها ، فسقط مهرها، كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نـكاحَها رضاعُه ، وقوله « وجب للسيد » قلنا : لـكن بواسطتها ، ولهـذا سقط نصفه بفسخها ، وجميعه بإسلامها وردتها .

٥٤٦٠ (فصـــــل)

ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً ، لأنه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب ، والموت لا يوجب ، فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى، وينبغي أن تجب المتعة ، لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه .

٥٤٦١ (فصـــل)

فإن طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت فلا خيار لها ، لأن الفسخ إنما يـكون في نـكاح ، ولا نـكاح ههنا . وإن كان رجعياً فلها الخيار في العدة ، لأن نـكاحها باق ، فيمكن فسخه ، ولها في الفسخ فائدة ، فإنها لا تأمن رجعته إذا لم يفسخ . فإن قيل : فيفسخ حينئذ ؟ قلنا : إذاً تحتاج إلى عدة أخرى ، وإذا فسخت في عدتها نبتت على ما مضى من عدتها ، ولم تحتج إلى عدة أخرى . لأنها معتدة من الطلاق ، والفسخ لا ينافيها ، ولا يقطعها ، فهو كما لو طلقها طلقة أخرى ، وينبني[1] على عدة حرة ، لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها . وقال الشافعي : لا يبطل ، لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينونة ، وذلك ينافي اختيار المقام .

ولنا : أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح اختيار المقام ، كصلب النـكاح ، وإن لم تختر شيئا لم يسقط خيارها، لأنه على التراخي، ولأن سكوتها لا يدل على رضاها، لاحتمال أنه كان لجريانها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك . فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ ، فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة ، لأن طلاق العبد اثنتان . وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين ، لأنه صار حراً، فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار .

٥٤٦٢ (فصـــل)

فإن طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها، أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق، وقع طلاقه، وبطل خيارها ، لأنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح ، فنفذ كما لو لم يعتق . وقال القاضي : طلاقه موقوف ، فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق، لأن طلاقه يتضمن إبطال حقها من الخيار . وإن لم تختر وقع. وللشافعي

(١) لفظ الشرح الـكبير ج ٧ص ٥٦٠ (وتبنى على عدة حرة) وهو أوضح (ف) .

قولان كهذين الوجهين . وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند إلى حالة العتق،فيكون الطلاق واقعاً فى نكاح مفسوخ .

ولنا : أنه طلاق من زوج مكلف مختار ، فى نكاح صحيح ، فوقع كما لو طلقها قبل عتقها ، أو كما لو لم تختر . وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ، ولا يجوز تقديم الفرقة عليه ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن العدة تُبْتَدأ من حين الفسخ ، لامن حين العتق ، وما سبقه من الوطء وطء فى نكاح صحيح ، يثبت الإحصان والإحلال للزوج الأول ، ولو كان الفسخ سابقاً عليه لا نعكست الحال ، وقول القاضى : إنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح . فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ ، من زيادة وجوب نصف المهر وتقصير العدة عليها ، فإن ابتداءها من حين طلاقه ، لا من حين فسخه . ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع ، وإن لم تختر الفسخ . كما لم يصح تصرف المشترى فى المبيع فى مدة الخيار ، سواء فسخ البائع أو لم يفسخ ، وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنا ، فإن كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا . فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها ، لأنها بانت بالفسخ ، وإن لم يفسخ فلها نصف الصداق ، لأنها بانت بالطلاق .

٥٤٦٣ (فصـــل)

وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم ، لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه، فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب فى المبيع ، بخلاف الفسخ فى النكاح ، فإنه مجتهد فيه ، فافتقر إلى حكم الحاكم ، كالفسخ للإعسار .

٥٤٦٤ (فصـــل)

فإن اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق . وبهذا قال أبو حنيفة ، والثورى ، والحسن بن حىّ ، والشافعى . وذهب مالك ، والأوزاعى ، والليث ، إلى أنه طلاق بائن . قال مالك : إلا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً ، فلم يبلغنا أن أحدا من الصحابة أنكر ذلك ، ولأنها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم[1] « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأنها فرقة من قبل الزوجة ، فكانت فسخا ، كما لو اختلف دينهما ، أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاعه . وفعل زبراء ليس بحجة، ولم يثبت انتشاره فى الصحابة ، فعلى هذا لو قالت : اخترت نفسى ، أو فسخت النكاح ، انفسخ . ولو قالت : طلقت نفسى ، ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ ، لأنه يؤدى إلى معناه ، فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق .

(١) أخرجه ابن ماجه والدارقطنى عن ابن عباس (ف) :

٥٤٦٥ (فصـــــــل)

وإن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار ، لأن عدم الكمال فى الزوجة لا يؤثر فى النكاح ، وكذلك لا تعتبر الكفاءة إلا فى الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقا ، فبانت أمة ، لم يثبت له خيار . ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا ، فبان عبداً ، كان لها الخيار . وكذلك فى الاستدامة ، لكن إن أعتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين تقدم ذكرهما .

٥٤٦٦ (فصـــــــل)

وإذا عتقت الأمة فقالت لزوجها : زدنى فى مهرى ففعل ، فالزيادة لها دون سيدها ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً ، وسواء عتق معها أو لم يعتق ، نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده من أمته ، ثم أعتقا جميعاً ، فقالت الأمة : زدنى فى مهرى ، فالزيادة للأمة لا للسيد ، فقيل : أرأيت إن كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال : للأمة .

وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها ، فزادها زوجها فى مهرها فالزيادة للثانى . وقال القاضى : الزيادة للسيد المعتق فى الموضعين على قياس المذهب ، لأن من أصلنا أن الزيادة فى الصداق تلحق بالعقد الأول ، فتكون كالمذكورة فيه ، والذى قلناه أصح ، لأن الملك فى الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنهما ، فيكون لها ككسبها والموهوب لها .

وقولنا : إن الزيادة تلحق بالعقد ، معناه : أنها تلزم ، ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقا . وليس معناه : أنا تبينا أن الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها . فإن هذا محال ، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق ، فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه ، لأنه يؤدى إلى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته ، وكان له نماؤه . وهذا أظهر من أن نطيل فيه .

٥٤٦٧ باب أجل العِنّين والخِصِىّ غير المجبوب

العنين هو العاجز عن الإيلاج ، وهو مأخوذ من « عَنّ » أى : اعترض ، لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه ، أى يعترض . والعَنَن الاعتراض . وقيل : لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده . فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ، ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ، ويعلم حاله بها . وهذا قول عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، والنخعى ، وقتادة ، وحماد بن أبى سليمان . وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد . وشذ الحكم بن عيينة ، وداود . فقالا : لا يؤجل ، وهى امرأته . وروى ذلك عن علي رضى الله عنه ، لأن

امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله إن رفاعة طلقنى فبت طلاقى ، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنما له مثل هُدْبَةِ[1] الثوب ، فقال : تريدين أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقى عسيلته ، ويذوق عسيلتك » . ولم يضرب له مدة .

ولنا : ما روى أن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة . وروى ذلك الدارقطنى بإسناده عن عمر ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة . ولا مخالف لهم ، ورواه أبو حفص عن على ، ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب فى الرجل ، والرتق فى المرأة .

فأما الخبر فلا حجة لهم فيه ، فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ، ولم يوجد واحد منهما . وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال[2] : « إنى لأعْرُكُها عَرْكَ الأدِيم » . وقال ابن عبد البر : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه ، فلا معنى لضرب المدة ، وصحح ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « تريدين أن ترجعى إلى رفاعة » ؟ ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها : وقيل : إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة . ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوقى عُسَيْلَتَهُ ؟ »[3] والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك .

٥٤٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه ، فإن لم يصبها فيها ، خيرت فى المقام معه أو فراقه . فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعُنَّة سئل عن ذلك ، فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها . وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه فى ظاهر المذهب . لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته ، والأصل السلامة وقال القاضى : هل يستحلف أولا ؟ على وجهين ، بناء على دعوى الطلاق . فإن أقر بالعجز أو ثبتت بينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ، ويؤجل سنة فى قول عامة أهل العلم . وعن الحارث ابن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض ، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة ، فإن كان من يبس زال فى فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال فى فصل

(١) (مثل هدبة الثوب) أى أن ما لديه رخو مثل طرف الثوب لا يغنى شيئا(ف)

(٢) رواها البخارى ج ٧ ص ١٩٢ بلفظ (إنى لأنفضها نفض الأديم) أى أجهدها وأعركها كما يفعل بالأديم عند دباغه (ف) .

(٣) العسيلة : كناية عن الجماع .

الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال فى فصل الاعتدال . فإن مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة .

وحكى عن أبى عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون : الداء لا يستمر فى البدن أكثر من سنة ثم يظهر. وابتداء السنة منذ ترافعه . قال ابن عبد البر : على هذا جماعة القائلين بتأجيله . قال معمر فى حديث عمر : يؤجل سنة من يوم مرافعته ، فإذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار ، فإن اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم ، لأنه مختلف فيه ، فإما أن يفسخ ، وإما أن يرده إليها فتفسخ هى فى قول عامة القائلين به ، ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه ، لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار . فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق ، وهذا قول الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والثورى : يفرق الحاكم بينهما ، وتكون تطليقة ، لأنه فرقة لعدم الوطء ، فكانت طلاقاً كفرقة المولى .

ولنا : أن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسخاً كفسخ المشترى : لأجل العيب .

٥٤٦٩ (فصـــل)

فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد ، لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح ، فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث ، نص عليه أحمد . وذكر أبو بكر فيها قولا ثانياً : أنهما لا يجتمعان أبداً ، لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم ، فحرمت النكاح كفرقة اللعان ، والمذهب أنها تحل له،لأنها فرقة لأجل العيب ، فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة ، والفرقة من سائر العيوب .

وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانها قبل تفريق الحاكم ، وههنا بخلافه ، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح ، فمنع ابتداءه ، ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع ، وههنا بخلافه ، ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ ،فكيف يصح القياس مع هذه الفروق ؟

٥٤٧٠ (فصـــل)

ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم يضرب له المدة ، لأن ذلك عارض يزول ، والعنة خلقة وجبلة لا تزول ، وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة ، لأنه فى معنى من خلق كذلك ، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار فى الحال ، لأن الوطء ميؤوس منه ولا معنى لانتظاره ، وإن كان قد بقى من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة ، لأنه فى معنى العنين خلقة ، وإن اختلف فى القدر الباقى هل يمكن الوطء بمثله أو لا ؟ رجع إلى أهل الخبرة فى معرفة ذلك .

٥٤٧١ (فصـــل)

فأما الخصى فإن الخرقى ذكره فى ترجمة الباب ، ولم يفرده بحكم ، فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره فى أنه

متى لم يصل إليها أجل ، وإن وصل إليها فلا خيار لها ، لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه ، وقد قيل : إن وطأه أكثر من وطء غيره،لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى ، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجُور ، وهو الذى رُضّتْ خصيتاه ، والمسلول الذى سُلّت خصيتاه ، فإن الحكم فى الجميع واحد ، فإنه لا ينزل ولا يولد له .

٥٤٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن قال : قد علِمَتْ أنى عنين قبل أن أنْكِحَها . فإن أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهى امرأته ﴾

وجملة ذلك ، أن المرأة إذا علمت عُنّةَ الرجل وقت العقد ، مثل أن يعلمها بعنته، أو تضرب له المدة وهى امرأته ، فينفسخ النكاح، ثم يتزوجها ، ونحو ذلك،لم تضرب له المدة، وهى امرأته فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء ، والثورى ، وابن القاسم، وأصحاب الرأى ، وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : يؤجل ، لأنه قد يكون عنينا فى نكاح دون نكاح

ولنا : أنها رضيت بالعيب ، ودخلت فى العقد عالمة به ، فلم يثبت لها خيار، كما لو علمته مجبوباً ، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ ، فكذلك إذا رضيت به فى العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة ، كذا هٰهنا .

وقولهم : إنها تكون فى نكاح دون نكاح احتمال بعيد ، فإن العنة جِبِلّة وخِلقة لاتتغير ظاهراً[1]، ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة، فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبت ببينة ، ثبت نكاحها وبطل خيارها .

٥٤٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة،ثم طالبت بعد، فلها ذلك،ويؤجل سنة من يوم ترافعه ﴾

لا نعلم فى هذا اختلافاً. وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضا ، لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ، ولا الامتناع من استمتاعه، فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها ، كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها. ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً ، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله .

(١) فى المخطوطة ١٨ : فى الظاهر .

٥٤٧٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن قالت فى وقت من الأوقات : قد رضيت به عنيناً ، لم يكن لها المطالبة بعد ﴾

وجملة الأمر : أنها متى رضيت به عنيناً بطل خيارها، سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ، ولا نعلم فى بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً ، فأما قبلها فإن الشافعى قال فى الجديد : لا يبطل خيارها. لأن حقها فى الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة ، فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع .

ولنا : أنها رضيت بالعيب بعد العقد ، فسقط خيارها كسائر العيوب ، وكما بعد انقضاء المدة . وما ذكروه غير صحيح ، فإن العنة التى هى سبب الفسخ موجودة ، وإنما المدة ليعلم وجودها ، ويتحقق علمها ، فهى كالبينة فى سائر العيوب[1] .

ويفارق الشفعة ، فإن سببها البيع ولم يوجد بعد . فإن قيل : فلو رضيت المرأة بالإعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ، ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك . قلنا : الفرق بينهما : أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم ، فإذا رضيت بإسقاط ما يجب لها فى المستقبل لم يسقط ، لأنها أسقطته قبل وجوبه . فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع ، بخلاف العيب ، ولأن الإعسار يعقبه اليسار ، فترضى بالمقام رجاء ذلك ، وكذلك المولى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ، فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار . فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة ، وهو معنى لا يزول فى العادة فافترقا .

٥٤٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنيناً ﴾

أكثر أهل العلم على هذا ، يقولون : متى وطىء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ، ولم تضرب له مدة . منهم : عطاء ، وطاوس ، والحسن ، ويحيى الأنصارى ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، وابن هاشم ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : إن عجز عن وطئها أجل لها ، لأنه عجز عن وطئها ، فيثبت حقها ، كما لو جُبَّ بعد الوطء .

ولنا : أنه قد تحققت قدرته على الوطء فى هذا النكاح وزوال عنته ، فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ، ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد . وأما الجب فإنه يتحقق به العجز فافترقا .

---

(١) فى نسخة المقود. هامش الطبعه الثالثة

٥٤٧٦ (فصـــــــل)

والوطء الذى يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة فى الفرج ، لأن الأحكام المتعلقة بالوطء ، تتعلق بتغييب الحشفة ، فكان وطئا صحيحاً ، فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقى ، لأنه لا حد هٰهنا يمكن اعتباره ، فاعتبر تغييب جميعه ، ولأنه المعنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء .

والثانى : يعتبر تغييب قدر الحشفة ، ليكون ما يجزىء من المقطوع مثل ما يجزىء من الصحيح ، وللشافعى قولان كهذين .

٥٤٧٧ (فصـــــــل)

ولا يخرج عن العنة بالوطء فى الدبر ، لأنه ليس بمحل الوطء ، فأشبه الوطء فيما دون الفرج ، ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ، ولا الإحصان ، وإن وطئها فى القُبُل حائضاً ، أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة ، خرج عن العنة ، وذكر القاضى أن قياس المذهب : ألا يخرج من العنة ، لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان[1] والإباحة للزوج الأول ، ولأنه وطء محرم ، أشبه الوطء فى الدبر .

ولنا : أنه وطء فى محل الوطء ، فخرج به عن العنة ، كما لو وطئها وهى مريضة يضرّها الوطء ، ولأن العنة العجز عن الوطء ، ولا يبقى مع وجود الوطء ، فإن العجز ضدّ القدرة ، فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكروه غير صحيح ، لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع ، أو لفوات شرط . والعنة فى نفسها أمر حقيقى لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء فى الدبر فليس بوطء فى محله ، بخلاف مسألتنا ، وقد اختار ابن عقيل : أنه تنتفى به العنة ، لأنه أصعب ، فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر .

٥٤٧٨ (فصـــل)

وإن وطىء امرأة لم يخرج به عن العنة فى حق غيرها . واختار بن عقيل : أنه يخرج عن العنة فى حق جميع النساء ، ولا تسمع دعواها عليه منها ، ولا من غيرها . وهذا مقتضى قول أبى بكر ، وقول كل من قال : إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى . ويحكى ذلك عن سمرة ، وعن عمر بن عبد العزيز ، وذلك لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغير النساء ، فإذا انتفت فى حق امرأة لم تبق فى حق غيرها .

ولنا : أن حكم كل امرأة معتبرة بنفسها ، ولذلك لو ثبتت عنته فى حقهن فرضى بعضهن سقط حقها

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : على أن الإحصان لا يحصل به .

وحدها ، دون الباقيات ، ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها، وهو ثابت فى حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله : كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا : قد تنهض شهوته فى حق إحداهما لفرط حبه إياها وميله إليها ، واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى . فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ، ثم تزوجها ، فعنّ عنها ، فلها المطالبة ، لأنه إذا جاز أن يعنّ عن امرأة دون أخرى ففى نكاح دون نكاح أولى . وعلى قول أبى بكر ومن وافقه : لا يصح هذا ، بل متى وطىء مرة لم تثبت عنته أبداً

٥٤٧٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن جُبّ قبل الحول فلها الخيار فى وقتها ﴾

كأن الخرقى أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار فى الحال ، لأننا ننتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه ههنا يقيناً ، فلا حاجة إلى الانتظار .

قال القاضى : ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار، فإن الخيار ههنا إنما يثبت بالجب الحادث ، ولولاه لم يثبت الفسخ ، لأننا لم نتيقن عنته . والجب حادث ، فلما ثبت الفسخ به عُلِم أنه إنما استحق بالعيب الحادث ، وفى بعض النسخ « قبل الدخول » ، ومعناهما واحد ، ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ ههنا بالجب الحادث ، لأنه متضمن مقصود العنة فى العجز عن الوطء ، ومحقق للمعنى الذى ادعته المرأة ، بخلاف غيره من العيوب والله أعلم .

٥٤٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أُرِيَتِ النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت أُجِّل سنة ﴾

وجملته : أن المرأة إذا ادعت عُنّة زوجها ، فزعم أنه وطئها وقالت : إنها عذراء ، أريت النساء . فإن شهدن بعذرتها فالقول قولهن ويؤجل . وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وإنما كان كذلك لأن الوطء يزيل عذرتها ، فوجودها يدل على عدم الوطء . فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها ، لأن هذا بعيد جداً ، وإن كان متصوراً . وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : تستحلف لإزالة هذا الاحتمال ، كما يستحلف سائر من قلنا : القول قوله .

والآخر : لا تستحلف ، لأن ما يبعد جداً لا التفات إليه ، لاحتمال كذب البينة العادلة ، وكذب المقر فى إقراره ، وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين .

وهذا الذى ذكره الخرقى فيما إذا اختلفا فى ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل ، فإن اختلفا فى ذلك بعد ضرب المدة ، وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة ، وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف

أنه لم يطأها[١] ، وفى كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله ، فيسقط حكم قولها ، لأنه تبين كذبها ، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الأسباب .

٥٤٨١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها أخلى معها فى بيت ، وقيل له : أخرج ماءك على شىء ، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار ، فإن ذاب فهو منى ، وبطل قولها ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن القول قوله مع يمينه ﴾

اختلفت الرواية عن أبى عبدالله رحمه الله فى هذه المسألة . فحكى الخرقى فيها روايتين .

إحداهما : أنه يخلى معها ، ويقال : أخرج ماءك على شىء ، فإن أخرجه فالقول قوله ، لأن العنين يضعف عن الإنزال ، فإذا أنزل تبينا صدقه ، فنحكم به ، وهذا مذهب عطاء ، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار[٢] فإن ذاب فهو منى ، لأنه شبيه ببياض البيض ، وذاك إذا وضع على النار تجمع ويبس ، وهذا يذوب ، فيتميز بذلك أحدهما من الآخر ، فيختبر به . وعلى هذا من عجز عن إخراج مائه[٣] فالقول قول المرأة ، لأن الظاهر معها .

والرواية الثانية : القول قول الرجل مع يمينه . وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، وجَنْبَتَهُ أقوى ، فإن دعواه سلامةُ العقد ، وسلامةُ نفسه من العيوب ، والأصل السلامة ، فكان القول قوله كالمنكر فى سائر الدعاوى ، وعليه اليمين على صحة ما قال . وهذا قول من سمينا ههنا ، لأن قوله محتمل للكذب ، فقوينا قوله بيمينه ، كما فى سائر الدعاوى التى يستحلف فيها ، فإن نكل قضى عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

قال القاضى : ويتخرج ألا يستحلف ، بناء على إنكاره دعوى الطلاق ، فإن فيها روايتين ، كذا ههنا . والصحيح ما قال الخرقى لدلالة الخبر والمعنى[٤] عليه .

وروى عن أحمد رواية ثالثة : أن القول قول المرأة مع يمينها ، حكاها القاضى فى المجرد ، لأن الأصل عدم الإصابة ، فكان القول قولها ، لأن قولها موافق للأصل ، واليقين معها . وفى كل موضع حكمنا بوطئه

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : بأنه لم يطأها .
(٢) فى المخطوطة ٢٠ : جعلناه على النار .
(٣) فى المخطوطة ٢٠ : عجز عن الماء .
(٤) على هامش ٢٠ : كما دل الخبر والمعنى عليه . من نسخة أخرى .

بطل حكم عنته ، فإن كان فى ابتداء الأمر لم تضرب له مدة ، وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت ، وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار . وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته ، كما لو أقربها .

واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال ، وتعطى صداقها من بيت المال ، ويخلى معها وتسأل عنه ، ويؤخذ بماتقول . فان أخبرت أنه يطأ كذبت الأولى ، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ ، وصداقها من بيت المال ، وإن كذبته فرق بينه وبينهما ، وصداق الثانية من ماله ههنا ، لما روى « ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها ، فكتب إلى معاوية فكتب إليه : أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح ، وسق إليها المهر من بيت المال عنه ، فإن أصابها فقد كذبت ، وإن لم يصبها فقد صدقت ، ففعل ذلك سمرة ، فجاءت المرأة فقالت : ليس عنده شيء ، ففرق بينهما » .

وقال الأوزاعى : يشهده امرأتان ، ويترك بينهما ثوب ، ويجامع امرأته ، فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها ، فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق ، وإلا فلا . وحكى عن مالك مثل ذلك ، إلا أنه اكتفى بواحدة .

والصحيح : أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى الإيلاء ، ولما قدمنا . واعتبار خروج الماء ضعيف ، لأنه قد يطأ ولا ينزل ، وقد ينزل من غير وطء ، فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ، ونزول الماء ، وقد يعجز السليم القادر عن الوطء فى بعض الأحوال ، وليس كل من عجز عن الوطء فى حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنيناً ، ولذلك جعلنا مدته سنة ، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضاً ، ولأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى ، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتاً أو غير لازم فهو نكاح باطل ، والوطء فيه حرام ، وإن كان صحيحاً لازما ففيه إضرار بالثانية ، ولا ينبغى أن يقبل قولها لأنها تريد بذلك تخليص نفسها ، فهى متهمة فيه ، وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى ، ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء فى يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك . وأكثر مافى الذى ذكروه أن يثبت عجزه عن الوطء فى اليوم الذى اختبروه فيه ، فإذا لم تثبت عُنّته[1] بإقراره بعجزه فلأ لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى .

٥٤٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال الخنثى المشكل: أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وكذلك لو سبق فقال: أنا امرأة . لم ينكح إلا رجلا ﴾

والخنثى: هو الذى فى قبله فرجان. ذكر رجل ، وفرج امرأة ، لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى . قال الله تعالى : « وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَىٰ » وقال تعالى: « وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاء » فليس ثم خلق ثالث ، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل . فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال ، أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن.

(١) فى المخطوطة ٢٠ : فإن لم تثبت العنة .

وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ، فاختلف أصحابنا فى نكاحه . فذكر الخرقى أنه يرجع إلى قوله ، فإن ذكر أنه رجل ، وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء ، فله نكاحهن ، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا ، لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته ، وليس فيه إيجاب حق على غيره ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى حيضها وعدتها ، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له . فان الله تعالى أجرى العادة فى الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى ، وميلها إليه ، وهذا الميل أمر فى النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره ، وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة، فرجع فيه إلى الأمور الباطنية فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية ، فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه ، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يُقبل ، لأنه متهم فيه ، فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عبادته وسترته وغير ذلك فينبغى أن يقبل قوله فيه ، لأنه حكمٌ بينه وبين الله تعالى . قال القاضى : ويقبل قوله فى الإمامة ، وولاية النكاح ، وما لا يثبت حقاً على غيره . وإذا زوّج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول[1] لم يقبل فى التزويج بغير الجنس الذى زوجه أولا ، لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء، لكن إن تزوج امرأة ثم قال : أنا امرأة انفسخ نكاحه ، لإقراره ببطلانه ، ولا يقبل قوله فى سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال : أنا رجل .لم يقبل قوله فى فسخ نكاحه ، لأن الحق عليه . وهذا قول الشافعى ، وقال أبو بكر : لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره . وذكره (نصاً عن أحمد[2]) فى رواية الميمونى ، وهذا الذى ذكره أبو إسحاق مذهباً للشافعى . وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح ، فلم يبح له ، كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة،وكما لو لم يقل إنى رجل ولا امرأة،ولأن قوله لا يرجع إليه فى شىء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما فى نكاحه ، ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره ، ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور فى حقه ، فحرم كما ذكرناه .

٥٤٨٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح ، وليس واحد منهما بزائل العقل ، رجما إذا زنيا ، والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء ﴾

وذكر الخرقى رحمه الله فى هذا الباب شرائط الإحصان ، ونحن نؤخره إلى الحدود ، فانه أخص به . والله أعلم .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : فقال غير قوله الأول .

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٢٠ ، ١٨ .

كتاب الصداق

الأصل فى مشروعيته : الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : « ٤ : ٢٤ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ » . وقوله تعالى : « ٤ : ٤ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» . قال أبو عبيد : يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرض الله تعالى . وقيل: النحلة : الهبة ، والصداق فى معناها . لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ، وجعل الصداق المرأة . فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل : نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى : « ٥ : ٢٤ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً » .

وأما السنة : فروى أنس . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف ، ردع زعفران ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « مَهْيَم؟ [1] فقال : يا رسول الله تزوجت امرأة ، فقال: ماأصدقتها؟ قال : وزن نواة من ذهب. فقال . بارك الله لك ، أولم ولو بشاة». وعنه: « أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها »[2] متفق عليهما، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق فى النكاح.

٥٤٨٤ (فصـــــل)

وللصداق تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والأجر ، والعلائق ، والعقر ، والحباء . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : أدُّو العلائق . «قيل : يا رسول الله ، وما العلائق[4] ؟ قال : ما يتراضى به الأهلون »[3] . وقال عمر : لها عَقْرُ نسائها . وقال مهلهل :

أنكحها[4] فَقْدَها الأراقم فى جنبٍ ، وكان الحِباء من أَدَم

---

(١) مهيم : يعنى : ما أمرك وشأنك ؟ وهى كلمة يمنية . وردت فى ثلاث أحاديث من السنة . أنظر النهاية لابن الأثير ٤ /٣٧٨ حلبى .

(٢) حديث أنس الأول أخرجه البخارى ج٧ ص٥ ومسلم ج٢ ص١٠٤٢ وأبو داود ج١ ص٤٨٦ والترمذى ج٥ ص٣ والنسائى ج٦ ص١١٩، ١٢٨ وابن ماجه ج١ ص٨٩ مع اختلاف يسير فى اللفظ ففى أبى داود (درع زعفران) وفى النسائى (ردع من زعفران) وفى البخارى (وضر من صفرة) وفى البقية (أثر صفرة) والمعنى متفق (ردع) معناه صبغ ولطخ ، والزعفران أصفر اللون .

(٣) أخرجه الدارقطنى والبيهقى من حديث ابن عباس(ف) .

(٤) فى لسان العرب ج ١٣ ص ٥ هذان البيتان، وذكر (الخباء) بالخاء المعجمة لكنه ذكره بالحاء المهملة فى ج١٢ ص ٢٥٠ ، ١٤ص ١٦٣ وهو الصواب كما فى الزهر ج ٢ ص ٣٦٦ والحباء مهر المرأة والأراقم=

لو بأبانين جاء يخطبهـــا خضب ماء وجـه خاطب بدم

يقال : أصدقت المرأة ومهرتها . ولا يقال : أمهرتها .

٥٤٨٥ (فصـــل)

ويستحب ألا يعرى النكاح عن تسمية الصداق . لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج ، فلم يكن يخلى ذلك من صداق . وقال للذى زوجه الموهوبة : « هل من شىء تصدقها» ؟ فالتمس ولم يجد ، قال : «التمس ولو خاتماً من حديد » فلم يجد شيئاً « فزوجه إياها بما معه من القرآن » ولأنه أقطع للنزاع وللخلاف فيه ، وليس ذكره شرطا . بدليل قوله تعالى : « ٢ : ٢٣٦ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» وروى «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهراً » .

٥٤٨٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها . فأى صداق اتفقوا عليه فهو جائز ، إذا كان شيئاً له نصف يحصل ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٥٤٨٧ (أحــدها)

أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً . وبهذا قال الحسن ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . وزوّج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين . وقال : «لو أصدقها سوطاً حلت» وعن سعيد بن جبير ، والنخعى ، وابن شبرمة ، ومالك ، وأبى حنيفة : هو مقدر الأقل .

ثم اختلفوا فقال مالك ، وأبو حنيفة : أقله ما يقطع به السارق . وقال ابن شبرمة : خمسة دراهم . وعن النخعى : أربعون درهما . وعنه : عشرون . وعنه : رطل من الذهب . وعن سعيد بن جبير. خمسون درهما

= قوم من ربيعة سموا الأراقم تشبيها لعيونهم بعيون الأراقم من الحيات وقيل غير ذلك . وجنب : حى من اليمن . وقد روى اللسان البيت الثانى هكذا .

لو بابانين جاء يخطبها . رمل ، ما أنت خاطب بدم .

وقال : وأما أبانان فجبلان متقابلان لا يفارق واحد منهما صاحبه . ومنه يعلم ما هنا من تحريف ــ والبيتان قالهما مهلهل حين أرغم على زواج بنته بعد تشتيته وإقامته فى قبيلة (جنب) على زواجها بمهر تافه هو جلود كما فى هامش طبقات ابن المعتز ص ١٩٧ وفى كتاب أيام العرب فى الجاهلية ص ١٦٥ (ضرج) بدل (رمل) (ف) .

واحتج أبو حنيفة بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لامَهْر أقل من عشرة دراهم[1]»، ولأنه يستباح به عضو ، فكان مقدراً كالذى يقطع به السارق .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم للذى زوجه: « هل عندك من شىء تصدقها؟ قال : لا أجد . قال : التمس ولوخاتماً من حديد» متفق عليه. وعن عامر ابن ربيعة: « أن امرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ قالت : نعم ، فأجازه » ، أخرجه أبو داود والترمذى[2] ، وقال : حديث حسن صحيح . وعن جابر أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم قال : « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا » رواه الإمام أحمد فى المسند . وفى لفظ عن جابر ، قال : « كنا ننكح على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلم على القبضة من الطعام » رواه الأثرم . ولأن قول الله عز وجل : «وأُحِلَّ لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم »[3]، يدخل فيه القليل والكثير ، ولأنه بدل منفعتها . فجاز ما تراضيا عليه من المال ، كالعشرة وكالأجرة .

وحديثهم غير صحيح . رواه ميسرة[4] بن عبيد ، وهو ضعيف ، عن الحجاج ابن أرطاة ، وهو مدلس ورووه عن جابر . وقد روينا عنه خلافه ، أو نحمله على مهر امرأة بعينها . أو على الاستحباب . وقياسهم لا يصح . فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة ، والقطع إتلاف عضو دون استباحته ، وهو عقوبة وحَدّ . وهذا عوض ، فقياسه على الأعواض أولى .

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم . قاله ابن عبد البر . وقد قال الله عز وجل « وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلاَ تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً »[5] وروى أبو حفص بإسناده « أنّ عمر أصدق أم كلثوم ابنة علىّ أربعين ألفاً » وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : « خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت[6] هذه الآية » : « وآتيتم إحداهُنّ قنطاراً »[7]

وقال أبو صالح : القنطار مائة رطل . وقال أبو سعيد الخدرى : ملء مَسْكِ ثور ذهباً . وعن مجاهد سبعون ألف مثقال .

---

(١) أخرجه الدارقطنى والبيهقى عن جابر (ف) . (٢) انظر صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٥|٣٢،٣٣

(٣) سورة النساء : آية ٢٤ . (٤) الصواب «مبشر بن عبيد » وترجمته فى الميزان ج٣ ص٤٣٣ (ف) . هو مبشر بن عبيد الحمصى الزهرى . قال أحمد : كان يضع الحديث . أنظر (تنزيه الشريعه ١/ ٩٩)

(٥) سورة النساء : آية ٢٠ (٦) لم يتذكر سيدنا عمر رضى الله عنه إلا بعد أن ذكرته امرأة وهو على المنبر كما فى الرواية .

(٧) أخرج أبو يعلى نهى عمر وفيه « فاعترضته امرأة من قريش فقالت : يا أمير المؤمنين نهيت الناس أن يزيد وافى صدقاتهن على أربعمائة درهم قال : نعم . . . قالت : أما سمعت الله عز وجل يقول: « وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا » فقال « اللهم غفرا كل الناس أفقه من عمر » .

٥٤٨٨ (فصـــــل)

ويستحب ألا يغلى الصداق: لما روى عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » ، رواه أبو حفص بإسناده . وعن أبى العجفاء قال: قال عمر رضى الله عنه « ألا لا تغلوا صداق[1] النساء ، فإنه لو كان مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله ، كان أولا كم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصْدَق رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من نسائه، ولا أُصْدِقت امرأة من بناته أكثر من اثنى عشرة أوقية ، وإن الرجل لَيُغْـلِى بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوةٌ فى قلبه[2] ، وحتى يقول : كُلِّفْتُ لـكم عاق القربة »[3] . أخرجه النسائى ، وأبو داود مختصراً . وعن أبى سلمة قال: « سألت عائشة عن صداق النبى صلى الله عليه وسلم؟ فقالت : اثنتا عشرة أوقية ونَشّ . فقلت : وما نش ؟ قالت : نصف أوقية » . أخرجاه أيضاً ، والأوقية : أربعون درهماً . فلا تستحب الزيادة على هذا . لأنه إذا كثر ربما تعذر عليه ، فيتعرض للضرر فى الدنيا والآخرة .

٥٤٨٩ (فصـــــل)

وكل ما جاز ثمناً فى البيع ، أو أجرة فى الإجارة ، من العين والدَّين ، والحالّ والمؤجل ، والقليل والـكثير ، ومنافع الحر والعبد وغيرهما ، جاز أن يكون صداقاً . وقد روى الدارقطنى بإسناده قال : قال رسول الله[4] صلى الله عليه وسلم « أنـكحوا الأيامى وأدّوا العلائق . قيل: ما العلائق يا رسول الله ؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ، ولو قضيباً من أراك » ، ورواه الجوزجانى . وبهذا قال مالك، والشافعى . وقال أبو حنيفة : منافع الحر لا تـكون صداقاً ، لأنها ليست مالا ، وإنما قال الله تعالى : « أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ » .

ولنا ، قول الله تعالى : « ٢٧ : ٢٨ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِيَ حِجَجٍ » . والحديث الذى ذكرناه ، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها فى الإجارة ، فجازت صداقاً كمنفعة العبد . وقولهم : ليست مالا ، ممنوع . فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها . ثم إن لم تـكن مالا فقد أجريت مجرى المال فى هذا ، فـكذلك فى النكاح .

---

(١) رواية النسائى ج ٦ ص ١١٨ « صدق النساء » جمع صداق . منصوب بنزع الخافض، وجاء فى بعض الروايات: « بصدق النساء » بظهور الخافض . (ف)

(٢) لفظ النسائى « عداوة فى نفسه » (ف) .

(٣) انظر السنن ٢/٨٧، ٨٨ ـ وعلق القربة : حبلها الذى تعلق به ـ ويروى أيضاً : عرق القربة . والمراد : تكلفت لـكم وتعبت حتى عرقت كعرق القربة . قال الأصمعى : عرق القربة معناه الشدة (شرح السنن للسيوطى ٢/٨٨) .

(٤) فى المخطوطة : ١٨ : قال النبى .

وقد نقل مهنا عن أحمد [فيما] إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر : كيف يكون هذا ؟ قيل له : فامرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها ؟ قال : لا يصلح هذا . قال أبو بكر : إن كانت الخدمة معلومة جاز ، وإن كانت مجهولة لا تضبط[1] فلها صداق مثلها . كأنه تأول مسألة مهنا على : أن الخدمة مجهولة ، فلذلك لم يصح ، ونقل أبو طالب عن أحمد : التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب[2] ، وعمل شيء جائز ، لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه ، فجاز أن يكون صداقاً كالأعيان . ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح ، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه . وإن أصدقها الإتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول .

٥٤٩٠ (فصـــــل)

ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية . وبهذا قال الشافعي . وقال النخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو عبيد : يصح .

ولنا . أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد ، فلم يصح ، كما لو أصدقها شيئاً ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية .

٥٤٩١ (فصـــــل)

وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ، ولم يجب مهر المثل ، لأن تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل ، كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ، ويجب عليه أجر مثل خياطته ، لأن المعقود على العمل فيه تلف ، فوجب الرجوع إلى عوض العمل ، كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه ، فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه ، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه ، وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته ، إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه ، بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقيناً . وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره .

٥٤٩٢ (فصـــــل)

وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة ، صح . لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها ، فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها ، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحاً معيناً ، أو فقهاً ، أو لغة ، أو نحواً . أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز ، وصحت التسمية ، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه ، فجاز صداقا كمنافع الدار .

---

(١) في المخطوطة ٢٠ : لا تنضبط . (٢) في المخطوطة ١٨ . على بناء دار وخياطة ثوب معينين .

٥٤٩٣ (فصـــل)

فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد فى جعله صداقا . فقال فى موضع :أ كرهه، وقال فى موضع: لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن ، أو على نعلين وهذا مذهب الشافعى قال أبو بكر: فى المسألة قولان . يعنى روايتين ، قال : واختيارى : أنه لا يجوز . وهو مـذهب مالك ، والليث ، وأبى حنيفة ، ومكحول ، وإسحاق .

واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدى : «عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه جاءته امرأة، فقالت : إنى وهبت نفسى لك، فقامت طويلا، فقال رجل : يارسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال: هل عندك من شىء تصدقها ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم. إزارك ، إن أعطيتها جلست ولا إزار لك فالتمس شيئاً . قال : لا أجد . قال : التمس ولو خاتماً من حديد . فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه[1] . ولأنهـا منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح .

ووجه الرواية الأخرى : أن الفروج لا تستباح إلا بأموال لقوله تعالى : « أَنْ تبتغُوا بأموالـكم » وقوله تعالى : « ومَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ منـكُمْ طَوْلاًأن ينـكِـحَ المحصناتِ المؤمنات » ، والطول : المال . وقد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجـلا على سورة من القرآن ، ثم قال : لا تـكون لأحد بعدك مهراً »[2] رواه النجاد بإسناده · ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفـاعله ، فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان. ولأن التعليم من المعلم ، والمتعلم مختلف ، ولا يكاد ينضبط فأشبه الشىء المجهول . فأما حديث الموهوبة فقد قيل : معناه : أنـكحتـكها بمـا معك من القرآن ، أى : زجتكها لأنك من أهل القرآن ، كما زوج أبا طلحة على إسلامه . فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس « أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم ، فقالت : أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بنى فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك . قال : فأسلم أبو طلحة ، فتزوجهـا على إسلامه[3] » وليس فى الحديث الصحيح ذكر التعليم،ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل. بدليل ما رواه النجاد ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه ، إما سورة معينة ، أو سوراً أو آيات بعينها ، لأن السور

---

(١) وكذلك انظر (الترمذى ٥/٣٤ شرح ابن العربى (٢) قال الحافظ فى فتح البارى ج٩ ص ١٧٤ « أخرجه سعيد بن منصور من مرسل أبى النعمان الأزدى وفيهمن لا يعرف» أقول : عزى فى بعض كتب الحنابلة كشرح منتهى الإرادات ج٣ص٦٥ إلى البخارى وهوخطأ(ف) (٣) رواهالنسائى بلفظ آخر(السنن٢/ ٨٦،٨٧)

تختلف ، وكذلك الآيات . وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة ؟ فيه وجهان . أحدهما : يحتاج إلى ذلك لأن الأغراض تختلف ، والقراءات تختلف ، فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل ، فأشبه تعيين الآيات .

والثانى : لا يفتقر إلى التعيين ، لأن هذا اختلاف يسير ، وكل حرف ينوب مناب صاحبه ، ويقوم مقامه ، ولذلك لم يعين النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة قراءة ، وقد كانوا يختلفون فى القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم[1] ، فأشبه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة . وللشافعى فى هذا وجهان كهذين .

٥٤٩٤ (فصــــل)

فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت ، فإن قال : أحصل لك تعليم هذه السورة صح ، لأن هذه منفعة فى ذمته لا تختص به ، فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها ، كالخياطة إذا استأجر من يحصلها له ، وإن قال : على أن أعلمك ، فذكر القاضى فى الجامع : أنه لا يصح ، لأنه تعين بفعله ، وهو لا يقدر عليه ، فأشبه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر فى المجرد : أنه يحتمل الصحة ، لأن هذه تكون فى ذمته ، فأشبه مالو أصدقها مالا فى ذمته لا يقدر عليه فى الحال.

٥٤٩٥ (فصــــل)

فإن جاءته بغيرها فقالت : علمها السورة التى تريد تعليمى إياها لم يلزمه ، لأن المستحق عليه العمل فى عين ، فلم يلزمه إيقاعه فى غيره ، كما لو استأجرته لخياطة ثوبها فأتته بغيره ، فقالت : خط هذا ، ولأن المتعلمين يختلفون فى التعليم اختلافا كثيرا ، ولأن له غرضاً فى تعليمها ، فلا يجبر على تعليم غيرها . وإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك ، لأن المعلمين يختلفون فى التعليم ، ولأن لها غرضاً فى التعليم منه ، لكونه زوجها تحل له ويحل لها ، ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره ، قياساً لأحدهما على الآخر .

٥٤٩٦ (فصـل)

فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها ، فعليه أجر تعليمها ، فإن اختلفا فقال : علمتها ، فأنكرت فالقول قولها ، لأن الأصل عدم تعليمها . وفيه وجه آخر : أنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله ، لأن الظاهر معه . وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شىء عليه ، لأنه قد وفى لها بما شرط ، وإنما تلف الصداق بعد القبض . وإن لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها ، لم يعتد بذلك تعليما ، لأن ذلك لا يعد تعليما ، ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً . ويحتمل أن يكون ذلك تلقيناً[2] ، لأنه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما مادون الآية فليس بتلقين وجها واحدا .

---

(١) كان ذلك لاختلاف اللهجات بين القبائل الداخلة فى الإسلام .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : بالتلقين .

٥٤٩٧ (فصـــل)

فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق ، وإن لم يكن علمها ففيه وجهان :

أحدهما عليه نصف أجر تعليمها ، لأنها قد صارت أجنبية ، فلا يؤمن فى تعليمها الفتنة.

والثانى يباح له تعليمها من وراء حجاب ، من غير خلوة بها ، كما يجوز له سماع كلامها فى المعاملات . وإن كان الطلاق بعد الدخول ففى تعليمها السورة الوجهان . وإن أصدقها رد عبدها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد ، فعليه نصف أجر الرد ، لأنه لا يمكنه نصف الرد ، وإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره[١]

٥٤٩٨ (فصـــل)

ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ، ولها مهر المثل ، وقال الشافعى : يصح ، لقول الله تعالى : « حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللهِ[٢] »

ولنا : أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق ، فالكافر أولى . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم »[٣] فالتحفيظ أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التى احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ ، وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شىء من التوراة والإنجيل لم يصح فى المذهبين ، لأنه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابى الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو أصدقها محرما

٥٤٩٩ (الفصل الثانى)

أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به ، لقول الله تعالى : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ[٤] » وقال النبى صلى الله عليه وسلم : «العلائق ما تراضى عليه الأهلون » ، ولأنه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات . فإن كان الولى الأب فمهما اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقاً ، قليلا كان أو كثيراً ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، على ما أسلفناه فيما مضى .

ولذلك زوّج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته ، وجعلا الصداق إجارة ثمانى حجج ، من غير مراجعة الزوجة . وإن كان الولى غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج ، لأن الصداق لها ، وهو عوض [عن]

(١) فى المخطوطة ٢٠ : بنصف الأجر .

(٢) سورة التوبة آية ٦ (٣) أخرج مسلم فى صحيحه عن ابن عمر ج٣ ص١٤٩١ « لاتسافروا بالقرآن فإنى لا آمن أن يناله العدو »(ف) (٤) سورة النساء آية ٢٤

لمنفعتها . فأشبه أجر دارها وصداق أمتها . فإن لم يستأذنها الولى فى الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق فى البيع إن جعل الصداق مهر المثل ، فما زاد صح ولزم ، وإن نقص عنه فلها مهر المثل .

٥٥٠٠ (الفصل الثالث)

أن الصداق لا يكون إلا مالا لقول الله تعالى : « أن تبتغُوا بأموالكم »[1] ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة ، بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقى لها من النصف مال حلال . وهذا معنى قول الخرقى « له نصف يحصل » ومالا يجوز أن يكون ثمناً فى البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول ، ومالا منفعة فيه ، ومالا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، ومالا يقدر على تسليمه كالطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ومالا يتمول عادة كحبة حنطة ، وقشرة جوزة ، لا يجوز أن يكون صداقا ، لأنه نقل الملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع ، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض فى مثله عرفا ، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه ، فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ، ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق ، فإنه لو أصدقها عبداً جاز ، وإن لم تمكن قسمته .

٥٥٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجدت به عيباً فردته فلها عليه قيمته ﴾

وجملة ذلك : أن الصداق إذا كان معيباً فوجدت به عيباً فلها رده ، كالمبيع المعيب ، ولا نعلم فى هذا خلافا إذا كان العيب كثيراً ، فإن كان [العيب] يسيراً فحكى عن أبى حنيفة : أنه لا يرد به .

ولنا : أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير ، وإذا رد به فلها قيمته ، لأن العقد لا ينفسخ برده ، فيبقى سبب استحقاقه ، فيجب عليه قيمته ، كما لو غصبها إياه فأتلفه . وإن كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله ، لأنه أقرب إليه ، وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك فى قياس المذهب ، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خُيِّرت بين أخذ أرشه وبين رده ، ورد أرش عيبه ، لأنه عِوَض فى عقد معاوضة ، فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب ، فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت فى البيع لما ذكرنا .

٥٥٠٢ (فصل)

وإن شرطت فى الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة ، فبان بخلافها فلها الرد ، كما ترد به فى البيع ، وهكذا إن دلّسه تدليساً يرد به البيع ، مثل تحمير وجه الجارية ، وتسويد شعرها ، وتجعيده ،

(١) سورة النساء آية ٢٤

وتصمير الماء على الحجر ، وأشباه ذلك ، فلها الرد به ، وإن وجدت الشاة مُصَرَّاة فلها ردها ، ورد صاع من تمر ، قياسا على البيع .

وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هى تسعمائة : هى بالخيار ، إن شاءت أخذت الدار ، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز ، وهذا فيما إذا أصدقها داراً بعينها على أنها ألف ذراع ، فخرجت تسعمائة ، فهذا كالعيب فى ثبوت الرد ، لأنه شرط شرطاً مقصوداً ، فبان بخلافه ، فأشبه مالو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه ، وجوز أحمد الإمساك ، لأن المرأة رضيت بها ناقصة ، ولم يجعل لها مع الإمساك أرشا ، لأن ذلك ليس بعيب ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها .

٥٥٠٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق ، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا تزوجها على عبد بعينه تظنه (عبداً[1])مملوكاً فخرج حراً ، أو مغصوباً فلهاقيمته . وبهذا قال أبو يوسف ، والشافعى فى قديم قوليه ، وقال فى الجديد : لها مهر المثل ، وقال أبو حنيفة ومحمد فى المغصوب كقولنا ، وفى الحر كقوله ، لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه ، فأشبه مالو علماه حراً .

ولنا أن العقد وقع على التسمية ، فكانت لها قيمته كالمغصوب ، ولأنها رضيت بقيمته، إذ ظنته مملوكا ، فكان لها قيمته ، كما لو وجدته معيباً فردته ، بخلاف ما إذا قال : أصدقتك هذا الحر ، أو هذا المغصوب ، فإنها رضيت بلا شىء، لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال، أو بما لا يقدر على تمليكه إياها ، فكان وجود التسمية كعدمها ، فكان لها مهر المثل . وقول الخرقى : « سواء سلمه إليها أو لم يسلمه » ، يعنى : أن تسليمه لا يفيد شيئاً ، لأنه سلم مالا يجوز تسليمه ، ولا تثبت اليد عليه ، فكان وجوده كعدمه .

٥٥٠٤ (فصـــــل)

فإن أصدقها مثليا فبان مغصوبا فلها مثله ، لأن المثل أقرب إليه ، ولهذا يضمن به فى الإتلاف . وإن أصدقها جرَّة خَلّ فخرجت خمراً أو مغصوبة ، فلها مثل ذلك خلا ، لأن الخل من ذوات الأمثال ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : لها قيمته ، لأن الخمر ليس بمال ، ولا من ذوات الأمثال . والصحيح ما قلناه ، لأنه سماه خلا ، فرضيت به [مهرا] على ذلك ،فكان لها بدل المسمى كالحر

---

(١) ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا، وهى فى المطبوعة من نسخة الظاهرية بدمشق التى استنسخها الملك عبد العزيز آل سعود .

وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حراً ، ولأنه إن أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له ، وإن أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية فى إيجاب قيمته ، ففى إيجاب مثله أولى .

٥٥٠٥ (فصـــــل)

فإن قال : أصدقتك هذا الخمر ، وأشار إلى الخل ، أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده ، صحت التسمية ، ولها المشار إليه، لأن المعقود عليه يصح العقد عليه، فلا يختلف حكمه باختلاف صفته ، كما لو قال : بعتك هذا الأسود ، وأشار إلى أبيض ، أو هذا الطويل ، وأشار إلى قصير .

٥٥٠٦ (فصـــــل)

وإن تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حراً أو مغصوبا صح الصداق فى تملكه ، ولها قيمة الآخر . نص عليه أحمد ، وإن كان عبداً واحداً فخرج نصفه حراً أو مغصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته ، وبين إمساك نصفه وأخذ قيمة باقية . نص عليه أحمد ، لأن الشركة عيب ، فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيباً ، فإن قيل : فلم لا تقولون ببطلان التسمية فى الجميع ، وترجع بالقيمة كلها فى المسألتين ، كما فى تفريق الصفقة ؟ قلنا : إن القيمة بدل ، إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل ، وههنا العبد المملوك مقدور عليه ، ولا عيب فيه ، وهو مسمى فى العقد ، فلا يجوز الرجوع إلى بدله[1] ، أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد فى الجميع صرنا إلى الثمن ، وليس هو بدلا عن المبيع ، وإنما انفسخ العقد فرجع فى رأس ماله ، وههنا لا ينفسخ العقد ، وإنما رجع إلى قيمة الحر منهما ، لتعذر تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته ، وأما إذا كان نصفه حراً ففيه عيب ، فجاز رده بعيبه . وقال أبو حنيفة : إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر ، فلها العبد وحده صداقاً ، ولا شىء لها سواه .

ولنا : أنه أصدقها حراً ، فلم تسقط تسميته إلى غير شىء كما لو كان منفرداً .

(آخر الجزء الرابع من ربع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله)[2]

٥٥٠٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها على أن يشترى لها عبداً بعينه فلم يبع ،أوطلب فيه أكثر من قيمته، أو لم يقدر عليه فلها قيمته ﴾

نص أحمد على هذا فى رواية الأثرم . وقال الشافعى : لا تصح التسمية ، ولها مهر المثل ، لأنه جعل ملك غيره عوضاً ، فلم يصح كالبيع .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : إلى البدل . (٢) هذا باعتبار نسخة الظاهرية بدمشق التى طبع عليها الكتاب .

ولنا : أنه أصدقها تحصيل عبد معين ، فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ، ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا ، وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه .

إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها، وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله، لأنه قدر على دفع صداقها إليها كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك ، أو طلب فيه أكثر من قيمته ، لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم ، فوجبت قيمته كما لو تلف . وإن كان الذى جعل لها مثليا فتعذر شراؤه ، وجب لها مثله ، لأن المثل أقرب إليه .

٥٥٠٨ (فصـــل)

إن تزوجها على عبد موصوف فى الذمة صح ، لأنه يصح أن يكون عوضاً فى البيع . فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها . وبهذا قال الشافعى ، واختاره أبو الخطاب . وقال القاضى : يلزمها قبولها ، قياسا على الإبل فى الدية .

ولنا : أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة ، فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ، ولأنه عبد وجب صداقاً ، فأشبه ما لو كان معيباً . وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل ، وإنما الأثمان أصل فى الدية ، كما أن الإبل أصل ، فيتخير بين دفع أى الأصول شاء ، فيلزم الولى قبوله لا على طريق القيمة ، بخلاف مسألتنا ، ولأن الدية خارجة عن القياس ، فلا يناقض بها ، ولا يقاس عليها . ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ، ثم ينتقض بالعبد المعين .

٥٥٠٩ (فصـــل)

وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح . نص عليه أحمد ، فإن طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته . وهذا قول الشعبى . ووجهه ما تقدم ، فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبولها ، لما ذكرنا ، ولأنه يفوت عليها العوض فى عتق أبيها .

٥٥١٠ (فصـــل)

ولا يصح الصداق إلا معلوماً يصح بمثله البيع ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب الشافعى . وقال القاضى : يصح مجهولا ، ما لم تزد جهالته على مهر المثل ، لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد فى رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم ، فطلقها قبل أن يدخل بها : يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها ، ونحو هذا قول أبى حنيفة .

فعلى هذا إذا تزوجها على عبد ، أو أمة أو فرس ، أو بغل ، أو حيوان من جنس معلوم ، أو ثوب هروى ، أو مروى ، وما أشبهه مما يذكر جنسه ، فإنه يصح ، ولها الوسط ، وكذلك قفيز حنطة ، وعشرة

أرطال زيت . وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل ، كثوب ، أو دابة ، أو حيوان ، أو على حكمها أو حكمه ، أو حكم أجنبى ، أو على حنطة ، أو شعير ، أو زيت ، أو على ما اكتسبه فى العام ، لم يصح . لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط ، فيتعذر تسليمه . وفى الأول يصح لقول النبى صلى الله عليه وسلم: « العلائق ما تراضى عليه الأهلون » ، وهذا قد تراضوا عليه ، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان فى الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال ، فثبت مطلقا كالدية ، ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل ، لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها فى صفاتها وبلدها وزمانها[1] ونسبها . ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح ، فههنا مع قلة الجهل فيه أولى . ويفارق البيع ، فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال .

وقال مالك : يصح مجهولا ، لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره ، وقال أبو الخطاب : إن تزوجها على عبد من عبيده ، أو قميص من قمصانه ، أو عمامة من عمائمه ، ونحو ذلك صح ، لأن أحمد قال فى رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده : جائز ، فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم ، فإن تشاحا أقرع بينهم . قلت : وتستقيم القرعة فى هذا ؟ قال : نعم ، ووجهه : أن الجهالة ههنا يسيرة ، ويمكن التعيين بالقرعة[2] بخلاف ما إذا أصدقها عبداً مطلقاً ، فإن الجهالة تكثر ، فلا يصح .

ولنا : أن الصداق عوض فى عقد معاوضة ، فلم يصح مجهولا كعوض البيع والإجارة ، ولأن المجهول لا يصلح عوضاً فى البيع ، فلم تصح تسميته كالمحرم ، وكما لو زادت جهالته على مهل المثل : وأما الخبر فالمراد به : ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً ، بدليل سائر مالا يصلح . وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد ، وهى خارجة عن القياس فى تقديرها ، ومن وجبت عليه ، فلا ينبغى أن تجعل أصلا . ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنّه ، مقدر بقيمته ، فكيف يقاس عليه العبد المطلق فى الأمرين ؟ ثم ليست عقداً ، وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضى فهو كقيم المتلفات ، فكيف يقاس عليها عوض فى عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم إن قياس العوض فى عقد معاوضة على عوض فى معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف .

وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة ، كما تجب قيم المتلفات ، وإن كانت تحتاج إلى نظر . ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند [عدم] التسمية ، ولا نصير إلى عبد مطلق ؟ ولو باع ثوباً بعبد مطلق فأتلفه المشترى فإنا نصير إلى تقويمه ، ولا نوجب العبد المطلق ؟ ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل . فإن العادة فى القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب ، فيكون إذاً معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وزمنها (٢) فى المخطوطة ١٨ : ويمكن تعيينها بالقرعة .

الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد . وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ، ولا نعلم فيه نصاً يصار إليه ، فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟ وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها[1] أبو بكر على أنه تزوجها على عقد معين ، ثم أشكل عليه . إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية ، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى .

والوسط من العبيد السندي ، لأن الأعلى التركي والرومي ، والأسفل الزنجي والحبشي ، والوسط السندي والمنصوري . قال القاضي : وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها ، إلحاقا بالإبل في الدية .

٥٥١١ (فصـــــــل)

ويجوز أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا ، وبعضه معجلا ، وبعضه مؤجلا ، لأنه عوض في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كالثمن . ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول ، كما لو أطلق ذكر الثمن ، وإن شرطه مؤجلا إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي : المهر صحيح ، ومحله الفرقة ، فإن أحمد قال : إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة . وهـذا قول النخعي ، والشعبي . وقال الحسن ، وحماد بن أبي سليمان : وأبو حنيفة ، والثوري ، وأبو عبيد : يبطل الأجل ، ويكون حالا . وقال إياس بن معاوية ، وقتادة : لا يحل حتى يطلق ، أو يخرج من مصرها ، أو يتزوج عليها . وعن مكحول ، والأوزاعي ، والعنبري : يحل إلى سنة بعد دخوله بها . واختار أبو الخطاب : أن المهر فاسد ، ولها مهر المثل . وهو قول الشافعي ، لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع .

ووجه القول الأول : أن المطلق يحمل على العرف ، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة ، فحمل عليه ، فيصير حينئذ معلوماً بذلك . فأما إن جعل الآجل مدة مجهولة كقدوم زيد ، ومجيء المطر ونحـوه لم يصح ، لأنه مجهول ، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة ، وههنا صرفه عن العادة بذكر الأجل ، ولم يبينه ، فبقي مجهولا . فيحتمل أن تبطل التسمية[2] ، ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل .

٥٥١٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها على محرَّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل ، أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول ﴾

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

---

(١) في المخطوطة ١٨ : فأولها أبو بكر .

(٢) في المخطوطة ١٨ : بطلان التسمية .

٥٥١٣ (الأولى)

أنه إذا سمى فى النكاح صداقا محرما كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة ، والنكاح صحيح . نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء ، منهم الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن أبى عبيد : أن النكاح فاسد. واختاره أبو بكر عبدالعزيز، قال: لأن أحمد قال فى رواية المروذى : إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت : ترى استقبال النكاح ؟ فأعجبه . وحكى عن مالك : أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح ، وإن كان قبله فسخ . واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً ، فأشبه نكاح الشغار .

ولنا : أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً ، فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً ، كما لو كان مغصوبا أو مجهولا ، ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض ، فلا يفسد بتحريمه كالخلع ، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ، ولو عدم كان العقد صحيحاً ، فكذلك إذا فسد . وكلام أحمد فى رواية المروذى محمول على الاستحباب . فإن مسألة المروذى فى المال الذى ليس بطيب ، وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه اتفاقا. وما حكى عن مالك لا يصح ، فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد ، كنكاح ذوات المحارم ، فأما إذا فسد الصداق لجهالته ، أو عدمه ، أو العجز عن تسليمه ، فإن النكاح ثابت ، لا نعلم فيه خلافا ، وقول الخرقى « وهما مسلمان » احتراز من الكافرين . إذا عقدا النكاح بمحرم ، فإن هذه قد مر تفصيلها .

٥٥١٤ (المسألة الثانية)

أنه يجب مهر المثل ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وذلك لأن فساد العوض يقتضى رد المعوض ، وقد تعذر رده لصحة النكاح ، فيجب رد قيمته وهو مهر المثل ، كمن اشترى شيئاً بثمن فاسد فقبض المبيع ، وتلف فى يده ، فإنه يجب عليه رد قيمته . فإن دخل بها استقر مهر المثل فى قولهم جميعاً . وإن مات أحدهما فكذلك ، لأن الموت يقوم مقام الدخول فى تكميل الصداق وتقريره .

وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول[1] فلها نصف مهر المثل ، وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : لها المتعة ، لأنه لو لم يُسَمِّ لها صداقاً كان لها المتعة ، فكذلك إذا سمى لها تسمية فاسدة ، لأن هذه التسمية كعدمها . وذكر القاضى فى الجامع : أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقاً وبين من سمى لها ، محرماً كالخمر ،أو مجهولا كالثوب . وفى الجميع روايتان .

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وإن طلقها قبل الدخول .

إحداهما : لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول ، لأن ارتفاع العدة يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع ، لـكن تركناه فى نصف المسمى لتراضيهما عليه ، فـكان ما تراضيا عليه أولى ، ففى مهر المثل يبقى على الأصل ، فى أنه يرتفع وتجب المتعة .

والثانية : أن لها نصف مهر المثل ، لأن ما أوجبه عقد النـكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ومهر المثل قد أوجبه العقد ، فيتنصف به كالمسمى ، والخرق فرق بينهما ، فأوجب فى التسمية الفاسدة نصف مهر المثل ، وفى المفوضة المتعة ، وهو مذهب الشافعى ، لأن المفوضة رضيت بلا عوض ، وعاد إليها بضعها سليما ، وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له ، لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ، ففى إيجاب نصف المهر جمع بينهما ، أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها ، وكلاهما فاسد . وأما التى اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض إلا بعوض ، ولم يحصل لها العوض الذى اشترطته ، فوجب لها بدل مافات عليها من العوض ، وهو مهر المثل ، أو نصفه ، إن كان قبل الدخول ، ولأن الأصل وجوب مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد ، بدليل أنه يستقر بالدخول والموت ، وإنما خولف هذا فى المفوضة بالنص الوارد فيها ، فما عداها يبقى على الأصل .

٥٥١٥ المسألة الثالثة

أنه إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ . وبه قال الشافعى ، وزفر ، وقال أبو حنيفة ، وصاحباه : يجب الأقل من المسمى ، أو مهر المثل ، لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد ، فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوّم بأكثر مما رضيت به ، لأنها رضيت بإسقاط الزيادة .

ولنا : أنه يضمن بالعقد الفاسد فاعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع . وما ذكروه فغير مسلم ، ثم لا يصح عندهم ، فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ، ولو لم يكن له قيمة لم يجب ، فإن قيل : إنما وجب لحق الله تعالى ؟ قيل : لو كان كذلك لوجب أقل المهر ، ولم يجب مهر المثل .

٥٥١٦ ﴿ مسألة ﴾

وقال ﴿ وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزاً ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ، ولم يكن على الأب شىء مما أخذه ﴾

وجملة الأمر : أنه يجوز لأبى المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه ، وبهذا قال إسحاق ، وقد روى عن مسروق : أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف ، فجعلها فى الحج والمساكين ، ثم قال للزوج : جهز امرأتك[1] ، وروى نحو ذلك عن على بن الحسين . وقال عطاء ، وطاوس ، وعـكرمة ،

(١) ولازال أهل الجزيرة العربية على هذا الرأى إلى الآن .

وعمر بن عبد العزيز ، والثورى ، وأبو عبيد : يكون كل ذلك للمرأة . وقال الشافعى : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية ، لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد ، لأن المهر لا يجب إلا للزوجة ، لأنه عوض بضعها ، فيبقى مجهولا لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط ، وذلك مجهولا فيفسد .

ولنا : قول الله تعالى فى قصة شعيب عليه السلام: « إنى أريدُ أن أُنكِحَكَ إحدَى ابنَتَىَّ هاتين على أن تأجُرَنى ثمانِىَ حِجَجٍ » فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه ، وهو شرط لنفسه ، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده ، بدليل قوله عليه السلام : « أنت ومالك لأبيك » وقوله : « إن أولادكم من أطيَبِ كسبكم ، فكلوا من أموالهم » ، أخرجه أبو داود ونحوه الترمذى . وقال : حديث حسن ، فإذا شرط لنفسه شيئاً من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك .

وقولهم : إنه شرط فاسد . ممنوع ، قال القاضى : ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح ، بدليل قصة شعيب [عليه السلام] فإنه شرط الجميع لنفسه ، وإذا تزوجها على ألف لها ، وألف لأبيها ، فَطلِّقت قبل الدخول ، رجع الزوج فى الألف الذى قبضته ، ولم يكن على الأب شىء مما أخذ ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق . والألفان جميع صداقها ، فرجع عليها بنصفيهما ، وهو ألف ، ولم يكن على الأب شىء ، لأنه أخذ من مال ابنته ألفاً ، فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما إذا كان قد أقبضها الألفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج ألف ، وبقى عليه ألف للزوجة ، يأخذ الأب منها ما شاء .

وقال القاضى : يكون بينهما نصفين ، وقال : نقله مهنا عن أحمد ، لأنه شرط لنفسه النصف ، ولم يحل من الصداق إلا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب ، فإن للأب أن يأخذ ماشاء ويترك ماشاء ، وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط ، فكذلك إذا شرط .

٥٥١٧ (فصـــــل)

فإن شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والأخ والعم فالشرط باطل ، نص عليه أحمد ، وجميع المسمى لها ، ذكره أبو حفص ، وهو قول من سمينا فى أول المسألة ، وقال الشافعى : يجب مهر المثل ، وهكذا ذكر القاضى فى المجرد ، لأن الشرط إذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصداق مانقصت الزوجة لأجله ، ولا يعرف قدره ، فيصير الكل مجهولا فيفسد ، وإن أصدقها ألفين على أن تعطى أخاها ألفاً فالصداق صحيح، لأنه شرط لا يزاد فى المهر من أجله ، ولا ينقص منه . فلا يؤثر فى المهر ، بخلاف التى قبلها .

ولنا : أن جميع ما اشترطه عوض فى تزويجها ، فيكون صداقاً لها ، كما لو جعله لها ، وإذا كان صداقاً انتفت الجهالة ، وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقاً ، وإنما هو أخذ من مال ابنته ، لأن له

ذلك . ويشترط ألا يكون ذلك مجحفاً بمال ابنته ، فإن كان مجحفاً بمالها لم يصح الشرط ، وكان الجميع لها ، كما لو اشترطه سائر أوليائها . ذكره القاضى فى المجرد .

٥٥١٨ (فصـــــــل)

فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع فى نصف ما أعطى الأب ، لأنه الذى فرضه لها فترجع فى نصفه ، لقوله تعالى : « فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ » ويحتمل : أن يرجع عليها بقدر نصفه ، ويكون ما أخذه الأب له ، لأننا قدّرنا أن الجميع صار لها ، ثم أخذه الأب منها ، فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها ، وهكذا لو أصدقها ألفاً لها وألفاً لأبيها ، ثم ارتدّت قبل الدخول ، فهل يرجع فى الألف الذى قبضه الأب [عليه] أو عليها ؟ على وجهين .

٥٥١٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول ، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، أو تدفع إليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً ، فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه ﴾

فى هذه المسألة أحكام :

منها : أن المرأة تملك الصداق بالعقد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن مالك : أنها لا تملك إلا نصفه . وروى عن أحمد ما يدل على ذلك ، وقال ابن عبد البر : هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار . وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن أعطيتها إزارك ، جلست ولا إزار لك[1] » دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شىء ، ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد، فملك فيه العوض كاملا كالبيع ، وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه ، وإن كانت قد ملكت نصفه .

إذا ثبت هذا ، فإن نماءه وزيادته لها ، سواء قبضته أو لم تقبضه . متصلا كان أو منفصلا ، وإن كان مالا زكائياً حال عليه الحول ، فزكاته عليها ، نص عليه أحمد . وإن نقص بعد قبضها له أو تلف، فهو من ضمانها ، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها ، وأما قبل القبض ، فهو من ضمان الزوج ، إن كان مكيلا أو موزونا[2] . وأما غيرهما فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه ، لأنه

(١) الحديث رواه البخارى ومسلم عن سهل بن سعد فى قصة المرأة التى وهبت نفسها للنبى وأعرض عنها ورغب فيها بعض أصحابه (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ إن كان مما يكال أو يوزن

بمنزلة الغاصب . وإن لم يحل بينه وبينها ، فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناءعلى المبيع ، وقد ذكرنا حكمه فى بابه .

الحكم الثانى : أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، لقوله تعالى : «وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» [1] ، وليس فى هذا اختلاف بحمد الله. وقياس المذهب : أن نصف الصداق يدخل فى ملك الزوج حكما كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وإرادته ، فما يحدث فى النماء يكون بينهما ، وهو قول زفر ، وذكر القاضى احتمالا آخر : أنه لا يدخل فى ملكه حتى يختار كالشفيع ، وهو قول أبى حنيفة ، وللشافعى قولان كالوجهين . ولنا : قوله تعالى : « فنصف مافرضتم » أى لكم أو لهن ، فاقتضى ذلك أن النصف لها ، والنصف له بمجرد الطلاق ، ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض،فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ، ولأنه سبب لنقل الملك ، فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الأسباب ، ولا تلزم الشفعة ، فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره ، وقبل الأخذ ماوجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ، ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره ، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره ، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق ، وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق ، فإن ثبوت الملك حكم لها ، وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لايقف على اختيار أحد ولا إرادته ، فإن نقص الصداق فى يد المرأة بعد الطلاق ، فإن كان قد طالبها به فمنعته ، فعليها الضمان ، لأنها غاصبة ، وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب : أنه لا ضمان عليها ، لأنه حصل فى يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها ، فلم تضمنه كالوديعة . وإن اختلفا فى مطالبته لها فالقول قولها ، لأنها منكرة . وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق وقالت : بعده ، فالقول أيضاً قولها ، لأنه يدعى مايوجب الضمان عليها وهى تنكره ، والقول قول المنكر . وظاهر قول أصحاب الشافعى : أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص فى يدها بعد الطلاق ، لأنه حصل فى يدها بحكم قطع العقد . فأشبه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ[2] .

ولنا : ما ذكرناه ، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع ، وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشترى فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره فى يده ، وفى مسألتنا ليس من المرأة فعل ، وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده ، فأشبه ما لو ألقى ثوبه فى دارها بغير أمرها .

٥٥٢٠ (فصـــل)

ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها فى عدتها وطلقها قبل دخوله بها ، فلها فى النكاح الثانى

---

(١)سورة البقرة آية ٢٣٧ (٢) فى المخطوطة ٣٩ إذا ارتفع العقد بفسخه

نصف الصداق أو المسمى فيه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لها جميعه ، لأن حكم الوطء موجود فيه، بدليل أنها لو أتت بولد لزمه . ولنا : قول الله سبحانه : « وإن طلقتموهنَّ من قبلِ أن تمسوهنَّ وقد فرضتمْ لهنَّ فريضةً ، فنصفُ ما فرضتمْ »[1] ، ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه ، فوجب أن يتنصف به المهر ، كما لو تزوجها بعد العدة . وما ذكره غير صحيح ، فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ، ولا يقوم مقامه . فأما إن كان لم يدخل بها فى النكاح الأول أيضاً فعليه نصف الصداق الأول ، ونصف الصداق الثانى ، بغير خلاف .

الحكم الثالث :أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة، كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن ، أو متميزة كالولد والكسب والثمرة ، فإن كانت متميزه أخذت لزيادة ورجع بنصف الأصل ، وإن كانت غير متميزة ، فالخيرة إليها إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد ، لأن الزيادة لها لا يلزمها بذلها ،ولا يمكنها دفع الأصل بدونها ،فصرنا إلى نصف القيمة ، وإن شاءت دفعت إليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله ، لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز ، فإن كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع إلا فى نصف القيمة ، لأن الزيادة لها ، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشىء لا يجب عليها ، وإن نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ، ولا يخلو أيضاً من أن يكون النقص متميزاً . أو غير متميز ، فإن كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما ، فإنه يرجع بنصف الباقى ونصف قيمة التالف ، أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال ، وإن لم يكن متميزاً كعبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته ،أو نسى ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل ، فالخيار إلى الزوج ، إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه ، وإن شاء رجع بنصفه[2] ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك ، لأنه رضى أن يأخذ حقه ناقصاً ، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له . هذا فى ظاهر كلام الخرقى،وهو قول أكثر الفقهاء . وقال القاضى : القياس أن له ذلك ، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش ، وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال محمد بن الحسن : الزيادة غير المتميزة تابعة للعين ، فله الرجوع فيها ، لأنها تتبع فى الفسوخ ،فأشبهت زيادة السوق.

ولنا : أنها زيادة حدثت فى ملكها ، فلم تتنصف بالطلاق كالمتميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكه، وفارق نماء المبيع،لأن سبب الفسخ العيب ،وهو سابق على الزيادة،وسبب تنصيف المهر الطلاق،وهو حادث بعدها ، ولأن الزوج يثبت حقه فى نصف المفروض دون العين ، ولهذا لو وجدها ناقصة كان له

(١) سورة النساء آية : ٢٣٧ .

(٢) على هامش ١٨ : رجع بالنصف . من نسخة أخرى .

الوجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها ، بخلاف المبيع المعيب ، والمفروض لم يكن سمينا فلم يكن له أخذه ، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه ثمنه ، فأما إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه ، مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى ، أو هزل وتعلم ، ثبت الخيار لكل واحد منهما ، وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة ، فإن اتفقا على نصف العين جاز ، وإن امتنعت المرأة من بذل نصفها [1] ، فلها ذلك لأجل الزيادة ، وإن امتنع هو من الرجوع فى نصفها فله ذلك لأجل النقص ، وإذا امتنع أحدهما رجع فى نصف قيمتها .

٥٥٢١ (فصــــل)

فإن كانت العين تالفة وهى من ذوات الأمثال ، رجع فى نصف مثلها ، وإلا رجع فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، أو إلى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف ، لأن العين إن زادت [2] فالزيادة لها تختص بها ، وإن نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه ، وإن طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول ، وقد زادت زيادة منفصلة فهى لها تنفرد بها ، وتأخذ نصف الأصل ، وإن كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف ، وبين أن تأخذ الكل وتدفع إليه قيمة النصف غير زائد ، وإن كان ناقصا فلها الخيار بين أخذه ناقصا وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص .

٥٥٢٢ (فصــــل)

إذ أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ، ثم طلقها قبل الدخول ، فله نصف قيمتها وقت ما أصدقها . وليس له الرجوع فى نصفها ، لأنها زائدة زيادة متصله ، فأشبهت الجارية إذا سمنت ، وسواء كان الطلع مؤبَّراً أو غير مؤبر ، لأنه متصل بالأصل ، ولا يجب فصله عنه فى هذه الحال . فأشبه السِّمَنَ وتعلم الصناعة ، فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر على ذلك ، لأنها زيادة متصلة ، ولا يجب فصلها ، وإن قال : اقطعى ثمرتك حتى أرجع فى نصف الأصل لم يلزمها ، لأن عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجَدَاذ ، بدليل البيع ، ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة . فلم يعد إلى العين إلا برضاها ، فإن قالت المرأة ، إترك الرجوع حتى أجذ ثمرتى ، وترجع فى نصف الأصل ، أو : إرجع فى الأصل وأمهلنى . حتى أقطع الثمرة ، أو قال الزوج : أنا أصبر حتى إذا جذذت ثمرتك رجعت فى الأصل ، أو قال : أنا أرجع فى الأصل ، وأصبر حتى تجذى ثمرتك ، لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر ، لأن الحق انتقل إلى القيمة . فلم يعد إلى العين إلا برضاها ، ويحتمل أن يلزمها قبول ماعرض عليها ، لأن الضرر عليه . فأشبه مالو بذلت له نصفها مع طلعها ، وكما لو وجد العين ناقصة فرضى بها ، وإن تراضيا على شىء من ذلك جاز . والحكم فى سائر الشجر كالحكم فى النخل . وإخراج النور فى الشجر بمنزلة الطلع الذى لم يؤبر .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : عن بذل نصفها .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : إذا زادت .

وإن كانت أرضاً فحرثها فتلك زيادة محضة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها، وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا أطلع [١] ، إلا فى موضع واحد ، وهو : أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله ، بخلاف الطلع مع النخل ، والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الثمرة لا ينقص بها الشجر ، والأرض تنقص بالزرع وتضعف .

والثانى : أن الثمرة متولدة من النخل فهى تابعة له ، والزرع ملكها أودعته فى الأرض ، فلا يجبر على قبوله . وقال القاضى : يجبر على قبوله كالطلع سواء ، وقد ذكرنا ما يقتضى الفرق .

ومسائل الغراس كمسائل الزرع . فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض [قد] زادت ولا نقصت رجع فى نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع فى نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هى ببذلها زائدة .

٥٥٢٣ (فصــــــــل)

وإذا أصدقها خشبا فشققته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع فى نصفه لزيادته، ولا يلزمه قبول نصفه، لأنه نقص من وجه، فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ، ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته . وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حُلياً فكسرته ثم صاغته على ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه ، لأنه نقص فى يدها ، ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة [٢] التى أحدثتها فيه، وإن عادت الدنانير والدراهم إلى ما كانت عليه فله الرجوع فى نصفها ، وليس له طلب قيمتها ، لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة ، فأشبه ما لو أصدقها عبداً فمرض ثم برىء ، وإن صاغت الحلى على ما كان عليه ففيه وجهان .

أحدهما : له الرجوع كالدراهم إذا أعيدت .

والثانى : ليس له الرجوع فى نصفه ، لأنها جددت فيه صناعة ، فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى .

ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الأولى، فهل يرجع فى نصفها ؟ على وجهين :

٥٥٢٤ (فصــــل)

وحكم الصداق حكم البيع فى أن ما كان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه ،

---

(١) أى : خرج منه الطلع . (٢) فى المخطوطة ١٨ : لزيادته بالصياغة .

وما عداه لا يحتاج إلى قبض ، ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القـاضى وأصحابه : ما كان متعيناً فلها التصرف فيه ، ومالم يكن متعينا كالقفيز من صبرة [1] ، والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع، وقد ذكر نا فى المبيع رواية أخرى: أنها لا تملك التصرف فى شيء منه قبل قبضه ،وهذا مذهب الشافعى ، وهذا أصل ذكر فى البيع ، وذكر القاضى فى موضع آخر : أن ما لم ينتقض العقـد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لأنه بذل لا ينفسخ السبب الذى ملك بهلاكه ،فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث .

وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها ، وهو نوع تصرف فيه . وقياس المذهب : أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص ، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج، وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال ، لأن يده عادية فضمنه كالغاصب، وقد نقل مهنا عن أحمد فى رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ، ففقئت عينه ، فقال : إن كانت قبضته فهو لها ، وإن لم تكن قبضته فهو على الزوج . فظاهر هـذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال . وهو مذهب الشافعى . وكل موضع قلنا : هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ، ويضمنه بمثله إن كان مثلياً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى فى القديم . وقال فى الجديد : يرجع إلى مهر المثل ، لأن تلف العوض يوجب الرجوع فى المعوض ، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع . ومهر المثل هو القيمة ، فوجب الرجوع إليه .

ولنا : أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها ، كالمغصوب والقرض والعارية . وفارق المبيع إذا تلف ، فإن البيع انفسخ ، وزال سبب الاستحقاق . إذا ثبت هذا ، فإن التالف فى يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتلف بفعلها ، فيكون ذلك قبضاً منها ، ويسقط عن الزوج ضمانه .

والثانى : تلف بفعل الزوج ، فهو من ضمانه على كل حال ، ويضمنه لها مما ذكرناه .

والثالث : أتلفه أجنبى، فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبى بضمانه، وبين الرجوع على الزوج ، ويرجع الزوج على المتلف .

والرابع : تلف بفعل الله تعـالى ، فهو على ما ذكرناه من التفصيل فى صدر المسألة .

٥٥٢٥ (فصـــل)

إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت فى الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام :

(١) الصبرة :الطعام المجتمع كالكومة (ف).

أحدها : ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق ، فهذا يمنع الرجوع ، وله نصف القيمة لزوال ملكها ، وانقطاع تصرفها ، فإن عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقها ، وهى فى يدها بحالها ، فله الرجوع فى نصفها ، لأنه وجدها بعينها. فأشبه ما لو لم يخرجها ، ولا يلزم الوالد إذا وهب لولده شيئاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه، حيث لا يملك الرجوع فيه ، لأننا نمنع ذلك ، وإن سلمناه فإن حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال ، بدليل أنه لا يطالب ببدله ، والزوج لم يسقط حقه بالكلية ، بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه ، فإذا وجد كان الرجوع فى عينه أولى .

وفى معنى هذه التصرفات الرهن ، فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل الملك ، ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ، ففى الرجوع فى العين إبطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة ، فإنها تراد للعتق المزيل للملك ، وهى عقد لازم ، فجرت مجرى الرهن ، فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو فى مدة الخيار فى البيع ففيه وجهان .

أحدهما : لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقدته فى ملكها ، فلم تملك إبطاله كاللازم ، ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها .

والثانى : تجبر على تسليم نصفه ، لأنها قادرة على ذلك ، ولا زيادة فيها . وللشافعى قولان كهذين الوجهين . فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع ، فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة ، لم يكن له الرجوع فى نصفها ، لأن حقه يثبت فى القيمة .

[القسم الثانى][1] : تصرف غير لازم لا ينقل الملك ، كالوصية والشركة والمضاربة ، فهذا لا يبطل حق الرجوع فى نصفه ، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه ، لأنه تصرف لم ينقل الملك ، ولم يمنع المالك من التصرف ، فلا يمنع مَنْ له الرجوع على المالك من الرجوع ، كالإيداع والعارية .

فأما إن دبرته فظاهر المذهب : أنه لا يمنع الرجوع ، لأنه وصية ، أو تعليق نصفه ، وكلاهما لا يمنع الرجوع ، ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ، ولا يجبر الزوج على الرجوع فى نصفه ، بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ، لأن شركة مَن نصفه مدبر نقص ، ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفى ، فيحكم بعتقه ، وإن كانت أمة . فدبّرتها خرج على الروايتين ، إن قلنا : تباع فى الدين فهى كالعبد ، وإن قلنا : لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع فى نصفها ، وإن كانت الأمة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع فى العبد لأنه نقص ، وإن اختار الرجوع وقلنا : الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع ، وإن قلنا : لا تمنع

(١) من الأقسام الثلاثة لتصرف الزوج فى الصداق وقد طلق قبل الدخول .

البيع ، احتمل ألا تمنع الرجوع كالتدبير ، واحتمل أن تمنعه ، لأن الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن .

[القسم الثالث] : تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك ، كالإجارة والتزويج ، فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع فى نصفه ناقصاً ، لأنه رضى بحقه ناقصاً ، وبين الرجوع فى نصف قيمته ، فإن رجع فى نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة .

فإن قيل : فقد قلتم فى الطلع الحادث فى النخل : إذا قال أنا أصبر حتى تنتهى الثمرة لم يكن له ذلك ؟ قلنا : الفرق بينهما : أن فى تلك المسألة تكون المنة له ، فلا يلزمها قبول منته ، بخلاف مسألتنا ، ولأن ذلك يؤدى إلى التنازع فى سقى الثمرة ، ووقت جذاذها وقطعها ، لخوف العطش أو غيره ، بخلاف مسألتنا .

٥٥٢٦ (فصــــل)

فإن أصدقها شِقْصاً[1] ، فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين . فإن قلنا : له أخذه فأخذه ، ثم طلق الزوج ، رجع فى نصف قيمته ، لأنه قد زال ملكها عنه ، وإن طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان .

أحدهما : يقدم الشفيع ، لأن حقه أسبق ، فإنه ثبت بالنكاح ، وحق الزوج ثبت بالطلاق ، ولأن الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة ، وحق الشفيع إذا بطل بطل بغير بدل .

والثانى : يقدم الزوج ، لأن حقه آكد . فإنه ثبت بنص القرآن والإجماع ، وحق الشفعة مجتهَدٌ فيه ، غير مجمع عليه . فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقى بنصف ما كان يأخذ به الجميع .

٥٥٢٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا اختلفا فى الصداق بعد العقد فى قدره ، ولا بينة على مبلغه ، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها ﴾

وجملة ذلك : أن الزوجين إذا اختلفا فى قدر المهر ولا بينة على مَبْلغه فالقول قول من يدعى مهر المثل منهما. فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله. وبهذا قال أبو حنيفة . وعن الحسن ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، وأبى عبيد : نحوه .

وعن أحمد رواية أخرى : أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبى ثور ، وبه قال أبو يوسف ، إلا أن يدعى مستنكراً ، وهو أن يدعى مهراً لا يتزوج بمثله فى العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقال الشافعى : يتحالفان ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله ، وإن حلفا وجب مهر المثل . وبه

(١) الشقص : بكسر الشين وسكون القاف النصيب فى شىء مشترك (ف) .

قال الثورى ، لأنهما اختلفا فى العوض المستحق فى العقد ، ولا بينة ، فيتحالفان قياساً على المتبايعين إذا اختلفا فى الثمن . وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفُسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج ، وبناه على أصله فى البيع ، فإنه يفرق فى التحالف بين ما قبل القبض وبعده ، ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته .

ولنا : أن الظاهر قول من يدعى مهر المثل ، فكان القول قوله قياساً على المنكر فى سائر الدعاوى ، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ، ولأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف ، فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ، ولأن القول بالتحالف يفضى إلى إيجاب أكثر مما يدعيه ، أو أقل مما يقر لها به ، فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين ، وقال : بل هو خمسون ، أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ، ولو ادعت مائتين وقال : بل هو مائة وخمسون ، ومهر مثلها مائة ، فأوجب مائة ، لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما ، لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد ، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة فى إيجابه إلى يمين من ينفيه ، لأنها لا تؤثر فى إيجابه .

وفارق البيع ، فإنه ينفسخ بالتحالف ، ويرجع كل واحد منهما فى ماله . وما ادعاه مالكٌ من أنها استأمنته لا يصح ، فإنها لم تجعله أمينها ، ولو كان أميناً لها لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها ، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد ، فقد تكون بينهما بيّنة فتموت أو تغيب ، أو تنسى الشهادة .

إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه ، لأنه اختلاف فيما يجوز بذله ، فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى فى الأموال ، وحكى عن القاضى : أن اليمين لا تشرع فى الأحوال كلها ، لأنها دعوى فى النكاح .

٥٥٢٨ (فصـــل)

فإن ادعى أقل من مهر المثل ، وادعت هى أكثر منه ، رد إلى مهر المثل . ولم يذكر أصحابنا يميناً ، والأولى أن يتحالفا، فإن مايقوله كل واحد منهما محتمل للصحة ، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر فى سائر الدعاوى ، ولأنهما تساويا فى عدم الظهور ، فيشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول أبى حنيفة ، والباقون على أصولهم .

٥٥٢٩ (فصـــل)

فإن قال : تزوجتك على هذا العبد ، فقالت : بل على هذه الأمة ، وكانت قيمة العبد مهر المثل ، أو أكثر ، وقيمة الأمة فوق ذلك ، حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد ، لأن قوله يوافق الظاهر ، ولا تجب

عين العبد لئلا يدخل فى ملكها ما تنكره[١]، وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل أو أقل ، وقيمة العبد أقل من ذلك ، فالقول قول الزوجة مع يمينها . وهل تجب الأمة أو قيمتها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجب عَيْن الأمة ، لأننا قبلنا قولها فى القدْر ، فكذلك فى العين[٢] ، وليس فى ذلك إدخال ما تنكره[٣] فى ملكها .

والثانى : تجب لها قيمتها ، لأن قولها إنما وافق الظاهر فى القدر لافى العين ، فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه . وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل ، أو كان العبد أقل من مهر المثل ، والأمة أكثر منه وجب مهر المثل إذا تحالفا ، وظاهر قول القاضى : أن اليمين لا يشرع فى هذا كله .

٥٥٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتى ببينة تبرئه منه ﴾

وجملة ذلك : أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته ، وادعت ذلك عليه ، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها ، سواء ادعى أنه وفى لها ، أو أبرأته منه ، أو قال : لا تستحق على شيئاً ، وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير ، والشعبى ، وابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وحكى عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا : إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك ، قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة ، أو كان الخلاف فيما تعجل منه فى العادة ، لأنها لا تسلم نفسها فى العادة إلا بقبضه ، فكان الظاهر معه .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه ادعى تسليم الحق الذى عليه فلم يقبل بغير بينة ، كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول .

٥٥٣١ (فصل)

فإن دفع إليها ألفاً ثم اختلفا فقال : دفعتها إليك صداقاً ، وقالت : بل هبة ، فإن كان اختلافهما[٤]

---

(١) فى النسخ المطبوعة (ما ينكره) وصوابه (ما تنكره) بالتاء لا بالياء كما فى الشرح الكبير جـ٨ ص٧٠ (ف).
(٢) على هامش المخطوطة ٢٠ : فكذلك يقبل قولها فى العين . من نسخة أخرى .
(٣) فى المطبوعة (ما ينكره) وصوابه أيضا (ما تنكره) (ف) .
(٤) على هامش المخطوطة ٢٠ : فإن كان خلافهما . من نسخة أخرى .

فى نيته كأن قالت : قصدت الهبة ، وقال : قصدت دفع الصداق ، فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بمانواه ، ولا تطلع المرأة على نيته ، وإن اختلفا فى لفظه فقالت : قد قلتَ : خذى هـذا هبة ، أو هدية ، فأنـكر ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنها تدعى عليه عقداً على ملـكه ، وهو ينكره ، فأشبه مالو ادعت عليه بيع ملـكه لها ، لـكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عوضاً ، ثم اختلفا ، وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها ، فللمرأة رد العوض ، ومطالبته بصداقها .

قال أحمد فى رواية الفضل بن زياد ، فى رجل تزوج امرأة على صداق ألف ، فبعث إليها بقيمته متاعا وثيابا ، ولم يخبرهم أنه من الصداق ، فلما دخل سألته الصداق فقال لها : قد بعثت إليك بهذا المتاع ، واحتسبته من الصداق . فقالت المرأة : صداقى دراهم : تردّ الثياب والمتاع ، وترجع عليه بصداقها ، فهذه الرواية إذا لم يخبرهم [1] أنه صداق ، فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق ، وادعت هى أنه قال : هو هبة ، فينبغى أن يحلف كل واحد منهما ، ويتراجعان بما لـكل واحد منهما ، وحكى عن مالك أنه قال : إن كان ممـا جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم ، فالقول قولها ، لأن الظاهر معها ، وإلا فالقول قوله .

ولنا : أنهما اختلفا فى صفة انتقال ملكه إلى يدها ، فكان القول قول المالك ، كما لو قال : أودعتك هذه العين قال : بل وهبتها .

٥٥٣٢ (فصـــــل)

إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما ، قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت ، ومن يحلف على النفى يحلف على نفى العلم ، لأنه يحلف على نفى فعل الغير . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن مات أحد الزوجين فـكذلك ، وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية ، فأنـكرها ورثة الزوج جملة ، لم يحـكم عليهم بشىء . قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا تقادم العهد ، لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل ، لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات . وقال محمد بن الحسن : يقضى بمهر المثل ، وقال زفر : بعشرة دراهم ، لأنه أقل الصداق

ولنا : أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين . وما ذكروه ليس بصحيح ، لأنه لا يسقط الحق لتقادم العهد ، ولا يتعذر الرجوع فى ذلك كتقيم سائر المتلفات .

٥٥٣٣ (فصـــــل)

وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة ، قام الأب مقام الزوجة فى اليمين ، لأنه يحلف على فعل

---

(١) فى النسخ المطبوعة (تخبرهم) بالتاء . وصوابه (بالياء) (ف) .

نفسه ، ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق ، فسمعت يمينه فيه كالزوجة : فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه ، لأن الحق لها ، وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها ، فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها ، كالوصي إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه ، فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها ، لأن الكبيرة قولها مقبول في الصداق ، والحق لها دونه .

وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع ، وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ، ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين . فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج ، لأن القول قوله في قدر مهر المثل .

٥٥٣٤ (فصـــل)

إذا أنكر الزوج تسمية الصداق ، وادعى أنه تزوجها بغير صداق ، فإن كان بعد الدخول نظرنا ، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين ، لأنها لو صدّقته في ذلك لوجب مهر المثل ، فلا فائدة في الاختلاف . وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج ، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين ، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ، ويجب لها مهر المثل . وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق ، فإن قلنا : القول قول الزوج فلها المتعة ، وإن قلنا : القول قول من يدعى مهر المثل قُبِل قولها ما ادعت مهر مثلها . هذا إذا طلقها ، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين ، وكل من قلنا : القول قوله فعليه اليمين.

٥٥٣٥ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة ﴾

وجملته : أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم . وقد دل على هذا قول الله تعالى : « لا جُناحَ عليكُمْ إنْ طلَّقتم النِّساء مالم تَمَسُّوهنّ أو تَفْرِضوا لهنّ فريضَة »[١]

وروى : « أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود : لها صداق نسائها ، لا وَكْسَ ولا شَطَطَ[٢] ، وعليها العدَّةُ ، ولها الميراثُ . فقام مَعْقِلُ ابن سِنانُ الأشْجَعِيُّ فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بَرْوَعَ[٣] بنتِ وَاشِقٍ إمرأةٍ منّا مِثْلَ

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(٢) لها صداق نسائها : أى لها مهر مثل نسائها ، لا وكس: أى لانقص . لاشطط : أى لاجور ولازيادة (ف) .

(٣) زوجها هلال بن ميسرة الأشجعى كما فى سنن أبى داود (ف) .

بروع بالفتح والكسر قال السندى : لكسر عند أهل الحديث . والفتح عند أهل اللغة .

ما قَضَيْتَ »[1] . أخرجه أبوداود والترمذى وقال حديث حسن صحيح ، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق ، فصح من غير ذكره كالنفقة ، وسواء تركا ذكر المهر ، أو شرطا نفيه ، مثل أن يقول : زوجتك بغير مهر ، فيقبله كذلك . ولو قال : زوجتك بغير مهر فى الحال ، ولا فى الثانى ، صح أيضاً .

وقال بعض الشافعية : لا يصح فى هذه الصورة ، لأنها تكون كالموهوبة . وليس بصحيح ، لأنه قد صح فيما إذا قال : زوجتك بغير مهر ، فيصح ههنا ، لأن معناهما واحد ، وما صح فى إحدى الصورتين المتساويتين صح فى الأخرى . وليست كالموهوبة ، لأن الشرط يفسد ، ويجب المهر .

إذا ثبت هذا ، فإن المزوّجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها ، فمن كسر أضاف الفعل إليها ، على أنها فاعلة ، مثل مقوِّمة ومن فتح أضافه إلى وليها ، ومعنى التفويض الإهمال ، كأنها أهملت أمر المهر ، حيث لم تسمه . ومنه قول الشاعر :

لاَ يَصْلُح النّاسُ فَوْضى لا سَرَاةَ لَهُم   وَلاَ سَرَاةَ إذا جُهَّالُهُمْ سادُوا[2]

يعنى مهملين . والتفويض على ضربين : تفويض بضع . وتفويض مهر .

فأما تفويض البضع فهو الذى ذكره الخرقى وفسرناه ، وهو الذى ينصرف إليه إطلاق التفويض .

وأما تفويض المهر ، فهو أن يجعل الصداق إلى رأى أحدهما ، أو رأى أجنبى ، فيقول : زوجتك على ما شئت ، أو على حكمك ، أو على حكمى ، أو حكمها ، أو حكم أجنبى ، ونحوه فهذه لها مهر المثل فى ظاهر

---

(١) الحديث أخرجه الحاكم فى المستدرك ج ٢ ص ١٨٠ وأحمد فى المسند ٣ ص ٤٨٠ وأبو داود ج ١ ص ٤٨٧ والنسائى ج ٦ ص ١٢١ وابن ماجه ج ١ ص ٥٨٤ والترمذى ج ٥ ص ٨٥ — ٨٧ ثم قال « حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح وقد روى عنه من غير وجه والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وبه يقول الثورى وأحمد وإسحق . وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم منهم على بن أبى طالب وزين بن ثابت وابن عباس وابن عمر : إذا تزوج الرجل المرأة ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً حتى مات قال: لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة وهو قول الشافعى ، قال : لو ثبت حديث بروع بنت واشق لكانت الحجة فيما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم. وروى عن الشافعى أنه رجع بمصر بعد هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق » انتهى (ف) .

(٢) قاله الأفوه الأودى (ف).

والسراة جمع سرى وهو السيد الشريف المطاع ومفاد البيت أن الناس لايصلحون إذا أهملوا ولم يتول عليهم أولوا المجد والشرف والعلم والخبرة . (ف) .

كلام الخرق ، لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق ، لكنه مجهول ، فسقط لجهالته [(١)] ، ووجب مهر المثل .

والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها فى تزويجها بغير مهر ، أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك . فأما إن زوجها غير أبيها ، ولم يذكر مهراً بغير إذنها فى ذلك ، فإنه يجب مهر المثل .

وقال الشافعى : لا يكون التفويض إلا فى الصورة الأولى ، وقد سبق الكلام معه فى أن للأب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها ، فكذلك يجوز تفويضه ، فإذا طُلِّقَت المفوِّضةُ البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشعبى ، والزهرى ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى .

وعن أحمد رواية أخرى : أن الواجب لها نصف مهر مثلها . لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول ، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول ، كما لو سمى محرماً .

وقال مالك ، والليث ، وابن أبى ليلى : المتعة مستحبة غير واجبة ، لأن الله تعالى قال : « حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ » [(٢)] ، فخصهم بها ، فيدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل ، والإحسان ليس بواجب ، ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم .

ولنا : قوله تعالى : « وَمَتِّعُوهُنَّ » [(٣)] . أمر ، والأمر يقتضى الوجوب . وقال تعالى : « وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ » [(٤)] . وقال تعالى : « إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ » [(٥)] . ولأنه طلاق فى نكاح يقتضى عوضاً ، فلم يَعْرَ عن العوض ، كما لو سمى مهراً ، وأداء الواجب من الإحسان ، فلا تعارض بينهما .

٥٥٣٦ (فصـــل)

فإن فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما فرض لها ، ولا متعة ، وهذا قول ابن عمر ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والشافعى ، وأبى عبيد . وعن أحمد : أن لها المتعة ، ويسقط المهر . وهو قول أبى حنيفة ، لأنه نكاح عَرِى عن تسمية ، فوجبت به المتعة ، كما لو لم يفرض لها .

ولنا : قوله تعالى : « وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ » [(٦)] ولأنه مفروض يستقر بالدخول ، فتنصف بالطلاق قبله ، كالمسمى فى العقد .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فسقط لذلك . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٣) سورة البقرة آية ٢٣٦ .
(٤) سورة البقرة آية ٢٤١ (٥) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٦) سورة البقرة آية ٢٣٧

٥٥٣٧ (فصــل)

ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة ، سواء كانت ممن سمى لها صداق أو لم يسم لها ، لـكن فرض بعد العقد ، وبهذا قال أبو حنيفة ، فيمن سمى لها ، وهو قديم قول الشافعى . وروى عن أحمد : لـكل مطلقة متاع . وروى ذلك عن على بن أبى طالب ، والحسن ، وسعيد بن جبير ، وأبى قلابة ، والزهرى ، وقتادة ، والضحاك ، وأبى ثور ، لظاهر قوله تعالى: «والمطلقات متاعٌ بالمعروف حقاً على المتقين[١] » ولقوله تعالى « لنبيه عليه السلام : (قُلْ لِأَزْوَاجِكَ — إلى قوله — فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ[٢]) وعلى هـذه الرواية : لـكل مطلقة متاع ، سواء كانت مفوضة أو مسمى لهـا ، مدخولا بها أو غيرها ، لمـا ذكرنا .

وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التى لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر : كل من روى عن أبى عبد الله فيما أعلم روى عنه : أنه لايحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر . إلا حنبلا ، فإنه روى عن أحمد : أن لـكل مطلقة متاعاً . قال أبو بكر : والعمل عليه عندى ، لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

ولنا : قوله تعالى : « لا جناحَ عليـكُم إن طلقتُمُ النساءَ مالم تمسوهُنَّ أو تفرِضُوا لهُنَّ فريضةً وَمتِّعوهُنَّ[٣] » ثم قال : « وإن طلقتموهُنَّ من قبلِ أن تمسُّوهنَّ وقد فرضتُمْ لهنَّ فريضةً فنصفُ مافرضتُمْ » فخص الأولى بالمتعة ، والثانية بنصف المفروض ، مع تقسيمه النساء قسمين ، وإثباته لـكل قسم حكما ، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ماذكروه .

ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع فى غير المفوضة على الاستحباب ، لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفى وجوبها ، جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى ، فإنه عوض واجب فى عقد ، فإذا سمِّيَ فيه عوض صحيح لم يجب غيره ، كسائر عقود المعاوضة ، ولأنها لاتجب لها المتعة قبل الفرقة ، ولا ما يقوم مقامها ، فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها .

٥٥٣٨ (فصـــــل)

ولو طلق المسمى لها بعد الدخول ، أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول ، فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك ، وذكرنا قول من ذهب إليه ، وظاهر المذهب : أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبى حنيفة . وللشافعى قولان كالروايتين ، وقد ذكرنا ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعهما ، نص عليه أحمد ، فقال : أنا أوجبُها على من لم يسم لها صداقا ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٤١ (٢) سورة الأحزاب آية ٢٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٣٦

فإن كان سمى صداقا فلا أوجبها عليه ، وأستحب أن يمتّع وإن سمى لها صداقا[1] ، وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ، ودلالته على إيجابها . وقول على رضى الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها ، فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفى الوجوب ، ودلالة المعنى المذكور عليه ، تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب ، أو على أنه أريد به الخصوص : وأما المتوفى عنها [زوجها] فلا متعة لها بالإجماع ، لأن النص العام لم يتناولها ، وإنما يتناول المطلقات ، ولأنها أخذت العوض المسمى لها فى عقد المعاوضة ، فلم يجب لها به سواه كما فى سائر العقود .

٥٥٣٩ (فصـــل)

والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول . وسواء فى ذلك الحر والعبد ، والمسلم والذمى ، والحرة والأمة ، والمسلمة والذمية ، وحكى عن أبى حنيفة : لا متعة للذمية ، وقال الأوزاعى إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقاً فلا متعة .

ولنا . عموم النص ، ولأنها قائمة مقام نصف المهر فى حق من سمى لها ، فتجب لكل زوجة على كل زوج ، كنصف المسمى ، ولأن ما يجب من العوض يستوى فيه المسلم والكافر ، والحر والعبد كالمهر .

٥٥٤٠ (فصـــل)

فأما المفوضة المهر ، وهى التى يتزوجها على ماشاء أحدهما ، أو التى زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها ، أو التى مهرها فاسد ، فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعه لها ، هذا ظاهر كلام الخرقى . وقد صرح به فى التى مهرها فاسد ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد . أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة[2] فأشبهت التى لم يسم لها شىء .

ولنا : أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف كما لو سماه ، أو نقول : لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ، وتفارق التى رضيت بغير عوض ، فإنها رضيته بغير صداق . وعاد بضعها سليما فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا .

٥٥٤١ (فصـــل)

وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة ، وما يسقط به المسمى من الفرَق

---

(١) قوله « وإن سمى لها صداقا » بالواو يشعر أنه يستحب أن يمتع إن لم يسم أيضا ، مع أنه قال بالوجوب إذا لم يسم ـ فالأولى حذف الواو .(ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ من التسمية الصحيحة.

كاختلاف الدين ، والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة ، لأنها أقيمت مقام نصف المسمى ، فسقطت فى موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها .

٥٥٤٢ (فصــــــل)

قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ، ولم يكن فرض لها مهراً ، ثم وهب لها غلاماً ، ثم طلقها قبل الدخول . قال : لها المتعة ، وذلك لأن الهبة لا تنقضى بها المتعة ، كما لا ينقضى بها نصف المسمى ، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق ، فلا يصح قضاؤها قبله ، ولأنها واجبة فلا تنقضى بالهبة كالمسمى .

٥٥٤٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ، فأعلاه خادم ، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلى فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدها ، أو تشاء هى أن تنقصه ﴾

وجملة ذلك : أن المتعة معتبرة بحال الزوج[1] فى يساره وإعساره . نص عليه أحمد . وهو وجه لأصحاب الشافعى . والوجه الآخر ، قالوا : هو معتبر بحال الزوجة ، لأن المهر معتبر بها ، كذلك المتعة القائمة مقامه . ومنهم من قال : يجزىء فى المتعة ما يقع عليه الاسم ، كما يجزىء فى الصداق ذلك .

ولنا : قول الله تعالى: « عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ »[2] ، وهذا نص فى أنهـا معتبرة بحال الزوج ، وأنها تختلف ، ولو أجزأ مايقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره .

إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها . فروى عنه مثل قول الخرقى : أعلاها خادم ، هذا إذا كان موسراً ، وإن كان فقيراً متعها كسوتها : درعاً ، وخماراً ، وثوباً تصلى فيه ، ونحو ذلك قال ابن عباس ، والزهرى ، والحسن : قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة ، ونحو ما ذكرنا فى أدناها قال الثورى ، والأوزاعى ، وعطاء ومالك ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى قالوا : درع ، وخمار ، وملحفة .

والرواية الثانية : يرجع فى تقديرها إلى الحاكم ، وهو أحد قولى الشـــافعى ، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : تعتبر بحال الزوج

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٦

وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة : أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل ، لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به[1] ، وهذه الرواية تضعف لوجهين .

أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج ، وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة ، لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها .

الثاني : أنالو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر[2] ، إذليس المهر معيناً في شيء ولا المتعة ، ووجه قول الخرقي قول ابن عباس : « أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة » . رواه أبو حفص بإسناده ، وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ، لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك ، كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة . وروى كنيف السلمي : « أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها ، بجارية سوداء » ، يعني متعها . قال ابراهيم النخعي : العرب تسمى المتعة التحميم . وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها ، فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز . لأن الحق لهما لايخرج عنهما . وهو ممايجوز بذله ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق . وقد روى الحسن بن علي : « أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق » .

٥٥٤٤ ﴿ مســــــألة ﴾

قال : ﴿ ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره ، وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته ﴾

وجملة ذلك : أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر ، لأن النكاح لا يخلو من المهر ، فوجبت لها المطالبة ببيان قدره . وبهذا قال الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً . فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه، قليلا كان أو كثيراً ، سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به . وقال الشافعي في قول له : لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل ، لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل ، فيحتاج أن يكون المبدل معلوما .

ولنا : أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه ، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها ، فلا تمنع من ذلك . وقولهم : إنه بدل غير صحيح ، فإن البدل غير المبدل . والمفروض إن كان ناقصاً فهو بعضه ، وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ، ولا يصح جعله بدلا ، ولو

---

(١) في المخطوطة ١٨ : فيجب أن تقدر به .

(٢) في جميع النسخ « لكانت نصف المهر » والصواب « لكانت نصف مهر المثل » كما في الشرح الكبير ص ٩٢ ويؤيد ذلك أيضاً تعليله اللاحق (ف) .

كان بدلا لما جاز مع العلم ، لأنه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا ، وقد روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أترضى[1] أنى أزوّجك فلانة ؟ قال : نعم . وقال المرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم. فزوج أحدهما صاحبه ، ودخل عليها ، ولم يفرض لها صداقاً . فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر ، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف » . فإما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها الطالبة بسواه ؛ فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه ، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ، لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء .

وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ، ولا يثبت لها مالم ترض به ، وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل ، لأن الزيادة ميل عليها ، والعدل المثل ، ولأنه إنما يفرض بدل البضع ، فيقدر به كالسلعة إذا تلفت ، فرجعا فى تقويمها إلى أهل الخبرة ، ويعتبر معرفة مهر المثل ، ليتوصل إلى إمكان فرضه ، ومتى صح الفرض صار كالمسمى فى العقد فى أنه يتنصف بالطلاق ، ولا تجب المتعة معه ، وإذا فرضه الحاكم لزم مافرضه ، سواء رضيته أو لم ترضه ، كما يلزم ما حكم به .

٥٥٤٥ (فصــــــل)

وإن فرض لها أجنبى مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه، وكان وجوده كعدمه .لأنه ليس بزوج ولا حاكم . فإن سلم إليها مافرضه لها فرضيته ، احتمل : ألا يصح لما ذكرنا ، ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ، ويسترجع ما أعطاها[2] ، لأن تصرفه ما صح ، ولا برئت به ذمة الزوج . ويحتمل : أن يصح ، لأنه يقوم مقام الزوج فى قضاء المسمى ، فيقوم مقامه فى قضاء مايوجبه العقد غير المسمى .

فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج ، لأنه ملكه إياه حين قضى به ديناً عليه، فيعود إليه كما لو دفعه هو. ولأصحاب الشافعى مثل هذين الوجهين ، وذكروا وجهاً ثالثاً : أنه يرجع نصفه إلى الأجنبى . وذكره القاضى وجهاً لنا ثالثاً . وقد ذكرنا مايدل على صحة ماقلناه . ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح . ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه إليه ، وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه إليه. وعلى الوجه الآخر : يرجع إلى من قضاه . والله أعلم .

---

(١) فى جميع النسخ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أترضى» وظاهره أنه خطاب لعقبة، لكن فى الشرح الكبير ص ٨٣ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لرجل) أترضى » وهذا هو الصواب بدليل قوله فى الحديث « فزوج أحدهما صاحبه » وقد أخرجه كذلك أبو داود ج ١ ص ٤٨٨ (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ ويسترد ما أعطاها

٥٥٤٦ (فصـــل)

ويجب المهر للمفوضة بالعقد ، وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق ، وهذا مذهب أبي حنيفة . واختلف أصحاب الشافعي . فمنهم من قال : الصحيح أنه يجب بالعقد . وقال بعضهم : لايجب بالعقد قولا واحدا . ولايجيء على أصل الشافعي غير هذا ، لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد .

ولنـا : أنها تملك المطالبة به ، فكان واجباً كالمسمى ، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ، ولأن النكاح لايجوز أن يخلو عن المهر ، والقول بعدم وجوبه يفضي إلى خلوه عنه ، وإلى أن النكاح انعقد صحيحاً ، وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه ، وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة . كما نقل من سمى لها إلى نصف المسمى لها ، والله أعلم

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ، ثم فرض لها المهر ، كان لمعتقها أو بائعها ، لأن المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ، ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها ودخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ، ووافق أصحاب الشافعي على ذلك . لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد ، إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين .

٥٥٤٧ (فصـــل)

ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً ، سواء كانت مفوضة أو مسمى لها. وبهذا قال سعيد بن المسيب، والحسن ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي . وروى عن ابن عباس ، وابن عمر، والزهري ، وقتادة ، ومالك : لايدخل بها حتى يعطيها شيئا . قال الزهري : مضت السنة ألا يدخل بها حتى يعطيها شـيئاً . قال ابن عباس : يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها .

وقد روى أبو داود بإسناده عن[1] رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : «أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها ، فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً . فقال يارسول الله ، ليس لي شيء. فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أعطها درعك : فأعطاها درعه ، ثم دخل بها»[2] ورواه ابن عباس أيضاً قال «لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطها شيئاً . قال : ما عنـدي. قال : أين

(١) أخرجه أبو داود ج١ ص ٤٩٠(ف) .

(٢) لعل ذلك بعد الحادث الذي رواه الأجهوري في (إرشاد الرحمن) من أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عليا ناقتين ليجمع عليهما من الإذخر ما يؤدي به مهر فاطمة. فأناخهما على بجوار دار كان يتخذها الصحابة للشراب والغناء قبل تحريم الخمر، فخرج العباس فوجدهما فنحرهما واقتطع منهما شواء . ولما شهد النبي صلى الله عليه وسلم الواقعة عاد مغضبا فحرمت الخمر انظر القصة بطولها في الورقة ٢٧٠ من المخطوطة المذكورة في علوم القرآن (دار الكتب المصرية)

درعك الحطمية ؟[1] » رواه أبو داود والنسائى .

ولنا : حديث عقبة بن عامر فى الذى زوجه النبى صلى الله عليه وسلم ، ودخل عليها ولم يعطها شيئاً . وروت عائشة قالت : « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً » رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض فى عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شىء منه ، كالثمن فى البيع ، والأجرة فى الإجارة. وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب ، فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً ، موافقة للأخبار ، ولعادة الناس فيما بينهم ، ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة ، وليكون ذلك أقطع للخصومة . ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب ، فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم .

٥٥٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها ﴾

أما الميراث فلا خلاف فيه ، فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً ، وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت ، فورث به لدخوله فى عموم النص . وأما الصداق فإنه يكمل لها مهر نسائها فى الصحيح من المذهب ، وإليه ذهب ابن مسعود ، وابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، وإسحاق . وروى عن على ، وابن عباس ، وابن عمر ، والزهرى ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعى : لا مهر لها ، لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس ، فلم يجب بها مهر ، كفرقة الطلاق . وقال أبو حنيفة كقولنا فى المسلمة ، وكقولهم فى الذمية . وعن أحمد رواية أخرى : لا يكمل وينتصف ، وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : ما روى أن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه : « قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال : لها صداق نسائها لا وَكسَ ولا شَطَطَ ، وعليها العدة ولها الميراث ، فقام مَعقِلُ بنُ سِنان الأشجَعِى فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بَرْوَعَ ابنةِ واشقٍ مثلَ ماقضيت » . قال الترمذى: هذا حديث صحيح ، وهو نص فى محل النزاع ، ولأن الموت معنى يكمل به المسمى، فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول ، وقياس الموت على الطلاق غير صحيح ، فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ، ولم تجب

(١) فى النسخ (الخطمية) بالخاء وصوابه بالحاء المهملة كما فى أبى داود ج ١ ص ٤٩٠ والنسائى ج ٦ ص ١٢٩ وهى بضم الحاء وفتح الطاء وهى التى تحطم السيوف أى تكسرها وقيل : هى العريضة الثقيلة وقيل : هى منسوبة إلى بطن من عبد القيس يقال له : حطمة بن محارب كانوا يعملون الدروع وهذا أشبه الأقوال (ف) .

بالطلاق ، وكمل المسمى بالموت ، ولم يكمل بالطلاق ، وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت ، فكمل لها الصداق كالمسلمة ، أو كما لو سمى لها ، ولأن المسلمة والذمية لا يختلفان فى الصداق فى موضع، فيجب ألا يختلفا ههنا .

٥٥٤٩ (فصـــل)

قوله «مهر نسائها» يعنى مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك : تعتبر بمن هى فى مثل كمالها ومالها وشرفها، ولا يختص بأقربائها ، لأن الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب .

ولنا : قوله فى حديث ابن مسعود: « لها مهر نسائها » ، ونساؤها أقاربها . وما ذكره فنحن نشترطه ، ونشترط معه أن تكون من (نساء)[1] أقاربها، لأنها أقرب إليهن . وقوله : لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح ، فإن المرأة تطلب لحسبها ، كما جاء فى الأثر ، وحسبها يختص به أقاربها ، فيزداد المهر لذلك ويقل ، وقد يكون الحى وأهل القرية لهم عادة فى الصداق ، ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يغيرونه بتغير الصفات ، فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات .

واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها . فقال فى رواية حنبل : لها مهر مثلها من نسائها من قِبَل أبيها . فاعتبرها بنساء العصبات خاصة، وهذا مذهب الشافعى . وقال فى رواية إسحاق بن هانىء: لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها . اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى ، لأنهن من نسائها والأولى أولى . فإنه قد روى فى قصة بَرْوَع « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها » ، ولأن شرف المرأة معتبر فى مهرها ، وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها لا تساويانها فى نسبها ، فلا تساويانها فى شرفها ، وقد تكون أمها مولاة وهى شريفة ، وقد تكون أمها شريفة وهى غير شريفة .

وينبغى أن يعتبر الأقرب فالأقرب ؟ فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ، ثم عماتها ، ثم بنات عمها ، الأقرب فالأقرب . ويعتبر أن تكون فى مثل حالها فى دينها ، وعقلها ، وجمالها ، ويسارها ، وبكارتها ، وثيوبتها ، وصراحة نسبها ، وكل ما يختلف لأجله الصداق ، وأن تكون من أهل بلدها ، لأن عادة البلاد تختلف فى المهر . وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف ، فاعتبرت الصفات المقصودة فيه . فإن لم يكن فى عصباتها من هو فى مثل حالها فمن نساء أرحامها ، كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن ، فإن لم يكن فأهل بلدها ، فإن يكن فنساء أقرب البلدان إليها ، فإن لم يوجد إلا دونها زِيدَ لها بقدر فضيلتها ، وإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها .

---

(١) ساقطة من المخطوطة : ٢٠.

٥٥٥٠ (فصـــــل)

ولا يجب مهر المثل إلا حالا لأنه بدل متلف . فأشبه قيم المتلفات ، ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ، ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقـدرة بالشرع ، فكانت بحـكم ما جعل من الحلول والتأجيل ، فلا يعتبر بها غيرها ، ولأنها عُدِل بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليه، وكذلك فى تأجيلها تخفيفاً عنه ، بخلاف غيرها ، فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان :

أحدهما : يفرض حالا لذلك :

والثانى يفرض مؤجلا ، لأن مهر مثلها مؤجل ، وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك ، وهذا مذهب الشافعى .

فإن قيل : فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب ألا يختلف باختلاف المتلف، كسائر المتلفات ؟ قلنا : النكاح يخالف سائر المتلفات.فإن سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة ، فلم تختلف باختلاف المتلفين ، والنكاح يقصد به أعيان الزوجين ، فاختلف باختلافهم ، ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد، والمهر يختلف بالعادات ، فإن المرأة إذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم ، وجب مهر المرأة منهم خفيفاً ، وإن كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر ، وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جرياً على عادتهم : والله أعلم .

٥٥٥١ (فصـل)

إذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضى : لا يجب مهر ، لأنه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب : يجب المسمى ، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى ، كيلا يخلو النكاح عن مهر ، ثم يسقط لتعذر إثباته .

وقال أبو عبد الله : إذا زوج عبده من أمته فأحِبّ أن يكون بمهر وشهود . قيل : فإن طلقها ؟ قال : يكون الصداق عليه إذا أعتق . قيل : فإن زوجها منه بغير مهر ؟ قال : قد اختلفوا فيه ، فذهب جابر إلى أنه جائز .

٥٥٥٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذ خلا بها بعد العقد فقال : لم أطأها ، وصدقته ، لم يلتفت إلى قولها ، وكان حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها ، إلا فى الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، أو فى الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجمان ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ، ووجبت عليها العدة

وإن لم يطأ ، روى ذلك عن الخلفاء الراشــدين ، وزيد ، وابن عمر ، وبه قال على بن الحسين ، وعروة ، وعطاء ، والزهرى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وهو قديم قولى الشافعى . وقال شريح ، والشعبى، وطاوس، وابن سيرين ، والشافعى فى الجديد : لايستقر إلا بالوطء ، وحكى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وروى نحو ذلك عن أحمد . روى عنه يعقوب بن بختان أنه قال : إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق ، وعليها العدة . وذلك لقول الله تعالى : « وإن طلقتموهُنّ من قبلِ أن تمسوهُنّ وقد فرضتُمْ لهنّ فريضةً فنصفُ ما فرضتُم[١] » ، وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى : « وكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ[٢] » ؟ والإفضاء : الجماع ، ولأنها مطلقة لم تمس ، أشبهت من لم يَخْلُ بها .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زُرارة بن أوفى ، قال: « قضى الخلفاء الراشدون المهديون : أن من أغلق باباً ، أو أرخى ستراً ، فقد وجب المهر ، ووجبت العدة» . ورواه أيضاً عن الأحنف ، عن عمر ، وعلى. وعن سعيد بن المسيب ، وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ، ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد فى عصرهم ، فكان إجماعا ، وما رووه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع ، قاله ابن المنذر ، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها ، فيستقر به البدل ، كما لو وطئها ، أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها .

وأما قوله تعالى : « من قبلِ أن تمسوهُنّ[٣] » فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذى هو الخلوة ، بدليل ما ذكرناه ، وأما قوله : « وقد أفْضَى بعضُكُمْ إلى بَعْضٍ[٤] » فقد حكى عن الفراء أنه قال : الإفضاء : الخلوة دخل بها أو لم يدخل[٥] . وهذا صحيح ، فإن الإفضاء مأخوذ من الفضاء ، وهو الخالى ، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض. وقول الخرقى : « حكمهما حكم الدخول فى جميع أمورهما » ، يعنى: فى حكم ما لو وطئها ، من تكميل المهر ، ووجوب العدة ، وتحريم أختها ، وأربع سواها إذا طلقها ، حتى تنقضى عدتها ، وثبوت الرجعة له عليها فى عدتها . وقال الثورى ، وأبو حنيفة : لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٢) سورة النساء آية ٢١ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٤) سورة النساء آية ٢١ .
(٥) انظر معانى القرآن للفراء مخطوط بدار الكتب المصرية اللوحة ٨٧ .

ولنـا : قوله تعالى : « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ[1] » ، ولأنها معتدة من نـكاح صحيح لم ينفسخ نـكاحها ، ولا كمل عدد طلاقها ، ولا طلقها بعوض ، فـكان له عليها الرجعة كما لو أصابها، ولها عليه نفقة العدة والسكنى ، لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ، ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثاً ، لقول النبي صلى الله عليه وسـلم لامرأة رفاعة القرشي : « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ، ولا الإحصان ، لأنه يعتبر لإيجاب الحـد ، والحدود تُدْرأ بالشبهات ، ولا الغسل ، لأن موجبات الغسل خمسة وليس هـذا منها ، ولا يخرج به من العنة ، لأن العنة : العجز عن الوطء ، فلا يزول إلا بحقيقة الوطء ، ولا تحصل به الفيئة ، لأنها الرجوع عما حلف عليه ، وإنما حلف على ترك الوطء ، ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بنفس الوطء[2]، ولا تفسد به العبادات ، ولا تجب به الـكفارة .

وأما تحريم الربيبة فعن أحمـد : أنه يحصل بالخلوة[3] ، وقال القاضى ، وابن عقيل : لا تحرم ، وحمل القاضى كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة ، فيخرج كلامه على إحـدى الروايتين فى أن ذلك يحرم.والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى : « فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ[4] » ، والدخول كناية عن الوطء ، والنص صريح فى إباحتها بدونه ، فلا يجوز خلافه .

٥٥٥٣ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وسواء خلا بها وهما محرمان ، أو صائمان ، أو حائض ، أو سالمان من هذه الأشياء ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء ، كالإحرام ، والصيام ، والحيض ، والنفاس . أو مانع حقيقى ، كالجب ، والعنة ، أو الرتق فى المرأة ، فعنه : أن الصداق يستقر بكل حال ، وبه قال عطاء ، وابن أبي ليلى ، والثورى ، لعموم ما ذكرناه من الإجماع . وقال عمر فى العنين : يؤجل سنة ، فإن هو غشيها ، وإلا أخذت الصـداق كاملا ، وفرق بينهما ، وعليها العدة ، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد ، وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها ، فلا يؤثر فى المهر ، كما لا يؤثر فى إسقاط النفقة ، وروى أنه لا يكمل به الصداق . وهوقول شريح ، وأبى ثور ، لأنه لا يتمكن من تسلمها، فلم تستحق عليه مهراً بمنعها ، كما لو منعت تسليم نفسها إليه، يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبى أو من العاقد كالإجارة .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) فى المخطوطة ١٨ : إلا بالوطء .

(٣) فى المخطوطة ٢٠ : بمجرد الخلوة .

(٤) سورة النساء آية ٢٣

وعن أحمد رواية ثالثة: إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق، فإن كان غيره كمل . قال أبو داود: وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان فى غير رمضان ، فأغلق الباب ، وأرخى الستر ؟ قال : وجب الصداق ، قيل لأحمد : فشهر رمضان ؟ قال : شهر رمضان خلاف لهذا . قيل له: فكان مسافراً فى رمضان ، قال : هذا مُفطر ، يعنى وجب الصداق ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق . وقال القاضى : إن كان المانع لا يمنع دواعى الوطء كالجب،والعنة ، والرتق والمرض ، والحيض ، والنفاس ، وجب الصداق ، وإن كان يمنع دواعيه كالإحرام ، وصيام الفرض ، فعلى روايتين ، وقال أبو حنيفة : إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق ، وإن كان من جهته كصيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق ، وإن كان جباً أو عنة كمل الصداق ، لأن المانع من جهته ، وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها ، فكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها إليه .

٥٥٥٤ (فصـــل)

وإن خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها ، أو كانت كبيرة فمنعته نفسها ، أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه . لم يكمل صداقها . نص عليه أحمد فى المكفوف يتزوج المرأة ، فأدخلت عليه ، فأرخى الستر ، وأغلق الباب ، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق ، وأومأ إلى أنها إذا نشزت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها ، وذكره ابن حامد . وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها ، وكذلك إن خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصـداق ، لأنه فى معنى الصغيرة فى عدم التمكن من الوطء .

٥٥٥٥ (فصـــل)

والخلوة فى النكاح الفاسد لا يجب بها شىء من المهر ، لأن الصداق لم يجب بالعقد ، وإنما يوجبه الوطء ولم يوجد ، ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية . وقـد روى عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة فى الصحيح ، لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك فى النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح . والأولى أولى .

فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمـد : أنه يكمل به الصداق ، فإنه قال : إذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره ، وقال فى رواية مهنا : إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهى عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن إبراهيم : إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر ، لأنه نوع استمتاع فهو كالقبلة قال القاضى: يحتمل أن هذا ينبنى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك،وفيه روايتان، فيكون فى تكميل الصداق

به وجهان. أحدهما : يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل» ولأنه مسيس فيدخل فى قوله : « من قبل أن تمسّوهن » ، ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء

والوجه الآخر : لا يكمل به الصداق ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن قوله تعالى « تمسّوهن » إنما أريد به فى الظاهر . الجماع ، ومقتضى قوله : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » ألا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ، ترك عمومه فيمن خلا بها للإجماع الوارد عن الصحابة ، فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم .

٥٥٥٦ (فصـــــل)

إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ، ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها ، وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الصداق كاملا ، لأنه أذهب عذرتها فى نكاح صحيح ، فكان عليه المهر كاملا ، كما لو وطئها .

ولنا : قول الله تعالى : « وإن طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضةً فنصفُ مافرضتمْ » ، وهذه مطلقة قبل المسيس ، فأشبه مالو لم يدفعها ، ولأنه أتلف ما يستحق إتلافه بالعقد ، فلم يضمنه ، كما لو أتلف عذرة أمته ، ويتخرج أن يجب[1] لها الصداق كاملا ، لأن أحمد قال : إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ، ففيما إذا فعله الزوج أولى ، فإن ما يجب به الصداق ابتداء ، أحق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها ، وفيمن نظر إليها وهى عريانة : عليه الصداق كاملا ، فهذا أولى .

٥٥٥٧ (فصـــــل)

وإن دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها ، أو فعل ذلك بإصبعه أو غيرها ، فقال أحمد : لها صداق نسائها ، وقال: إن تزوج امرأة عذراء، فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فعلى الزوج نصف الصداق ، وعلى الأخ نصف العقر ، وروى ذلك عن على ، وابنه الحسن ، وعبد الله بن معقل ، وعبد الملك بن مروان ، وقال الشافعي : ليس عليه إلا أرش بكارتها . لأنه إتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه ، فرجع دينه إلى الحكومة كسائر مالم يقدر ، ولأنه إذا لم يكمل به الصداق فى حق الزوج ففى حق الأجنبي أولى .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أنه يجب .

ولنا : ما روى سعيد ، قال: حدثنا هشيم ، حدثنا مغيرة ، عن ابراهيم : « أن رجلا كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها ، فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها ، وقالت لزوجها : إنها فجرت ، فأخبر علياً رضى الله عنه بذلك ، فأرسل على إلى امرأته والنسوة،فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن . فقال للحسن بن على:اقض فيها يا حسن . فقال : الحد على من قذفها ، والعقر عليها ، وعلى الممسكات . فقال على: لو كلفت الإبل طحناً لطحنت ، وما يطحن يومئذ بعير » ، وقال: حدثنا هشيم ، قال : حدثنا إسماعيل ابن سالم حدثنا الشعبى: « أن جوارىَ أربعاً قالت إحداهن : هى رجل ، وقالت الأخرى:هى امرأة، وقالت الثالثة : هى أبو التى زعمت أنها رجل،وقالت الرابعة :هى أبو التى زعمت أنها امرأة. فخطبت التى زعمت أنها أبو الرجل إلى التى زعمت أنها أبو المرأة ، فزوجوها إياها ، فعمدت إليها فأفسدتها بإصبعها ، فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أرباعا ، وألغى حصة التى أمكنت من نفسها . فبلغ عبد الله ابن معقل ، فقال : لو وليت أنا لجعلت الصداق على التى أفسدت الجارية[1] وحدها» . وهذه قصص تنتشر ، فلم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح ، فإذا أتلفه أجنبى وجب المهر كمنفعة البضع .

٥٥٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والزوج هو الذى بيده عقدة النكاح ، فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر ، وهو جائز الأمر فى ماله برىء منه صاحبه ﴾

اختلف أهل العلم فى الذى بيده عقدة النكاح . فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج ، روى ذلك عن على ، وابن عباس ، وجبير بن مطعم ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، وسعيد ابن جبير، ونافع مولى ابن عمر ، ومجاهد ، وإياس بن معاوية ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، والشعبى ، والثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد : وعن أحمد : أنه الولى إذا كان أبا الصغيرة ، وهو[مذهب]الشافعى القديم إذا كان أبا أو جداً. وحكى عن ابن عباس، وعلقمة،والحسن، وطاوس،والزهرى، وربيعة ومالك : أنه الولى ، لأن الولى بعد الطلاق هو الذى بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج . ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن ، فينبغى أن يكون عفو الذى بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه فى الموضعين واحداً . ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله : « وإنْ طلقتموهنّ منْ قبلِ أن تمسوهنّ — ثم قال — أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ »[2] ، وهذا خطاب غير حاضر .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : على من أفسدت الجارية . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

ولنا : ماروى الدارقطنى بإسناده عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : «ولى العقدة الزوج» ولأن الذى بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج ، فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه : وليس إلى الولى منه شىء ، ولأن الله تعالى قال: «وأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى[1]» ، والعفو الذى هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولى عن مال المرأة فليس (هو)[2] أقرب إلى التقوى ، ولأن المهر مال الزوجة ، فلا يملك الولى هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها ، وكسائر الأولياء ، ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب ، كقوله تعالى : حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ[3]» ، وقال تعالى : «قُلْ أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ[4]» فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما . فإن عفا الزوج لها عن النصف الذى له كمل لها الصداق جميعه . وإن عفت المرأة عن النصف الذى لها منه وتركت (له)[5] جميع الصداق جاز . إذا كان العافى منهما رشيداً جائزاً تصرفه فى ماله ، وإن كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه ، لأنه ليس له التصرف فى ماله بهبة ولا إسقاط . ولا يصح عفو الولى عن صداق الزوجة أباً كان أو غيره ، صغيرة أو كبيرة ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وروى عنه ابن منصور : إذا طلق امرأته وهى بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ، ماأرى عفو الأب إلا جائزاً . قال أبو حفص: ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولا لأبى عبدالله قديماً ، وظاهر قول أبى حفص : أن المسألة رواية واحدة . وأن أبا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الأب . وهو الصحيح ، لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ، ولا إعتاق عبيده ، ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ، ولاحظ لها فى هذا الإسقاط ، فلا يصح .

وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط : أن يكون أبا ، لأنه الذى يلى مالها ، ولا يتهم عليها . الثانى : أن تكون صغيرة ، ليكون ولياً على مالها ، فإن الكبيرة تلى مال نفسها . الثالث : أن تكون بكراً ، لتكون غير مبتذلة ، ولأنه لا يملك تزويج الثيب ، وإن كانت صغيرة ، فلا تكون ولايته عليه تامة . الرابع : أن تكون مطلقة ، لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع . الخامس : أن تكون قبل الدخول ، لأن ما بعده قد أتلف البضع . فلا يعفو عن بدل متلف . ومذهب الشافعى على نحو من هذا ، إلا أنه يجعل الجد كالأب .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ (٢) ساقطة من المخطوطة ٢٠ ، ١٨
(٣) سورة يونس آية ٢٢ (٤) سورة النور آية ٥٤ (٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠

٥٥٥٩ (فصـــل)

ولو بانت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثـل أن تفعل امرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه ، أو ردة ، أو بصفة لطلاق من السفيه ، أو رضاع من أجنبية لمن ينفسخ نكاحها برضاعه ، أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة . وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولا واحداً . والفرق بينهم وبين الصغير : أن وليها أكسبها المهر بتزويجها ، وههنا لم يكسبه شيئاً ، إنما رجع المهر إليه بالفرقة .

٥٥٦٠ (فصـــل)

وإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهى جائزة الأمر فى مالها جاز ذلك وصح . ولا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى : « إلاَّ أنْ يعفُون »[1] يعنى الزوجات ، وقال تعالى : « فإنْ طِبْنَ لَـكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فـكلُوهُ هَنيئاً مَريئاً » قال أحمد فى رواية المروذى : ليس شيء ، قال الله تعالى : «فكلوه هنيئاً مريئاً » سماه غير المهر تهبه المرأة للزوج . وقال علقمة لامرأته: هيئي لى من الهنيء المريء ، يعنى من صداقها ، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها ؟ فيه عن أحمد روايتان ، واختلاف بين أهل العلم ، ذكرناه فيما مضى .

٥٥٦١ (فصـــل)

إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون دينا أو عيناً ، فإن كان دينا لم يخل إما أن يكون دينا فى ذمة الزوج لم يسلمه إليها ، أو فى ذمتها بأن تـكون قد قبضته وتصرفت فيه، أو تلف فى يدها ، وأيهما كان فإن للذى له الدين أن يعفو عن حقه منه ، بأن يقول : عفوت عن حقى من الصداق أو أسقطته،أو أبرأتك منه، أو ملـكتك إياه، أو وهبتك ، أو أحللتك منه أو أنت منه فى حل ، أو تركته لك ، وأى ذلك قال سقط به المهر ، وبرىء منه الآخر وإن لم يقبله ، لأنه إسقاط حق ، فلم يفتقر إلى قبول كإسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ، ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه. ولو رد ذلك لم يرتد ، وبرىء منه لما ذكرناه ، وإن أحب العفو من الصداق فى ذمته لم يصح العفو ، لأنه إن كان فى ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وإن كان فى ذمة الزوجة فلا يثبت فى ذمتها إلا النصف الذى يستحقه الزوج، وأما النصف الذى لها فهو حقها تصرفت فيـــه ، فلم يثبت فى ذمتها منه شيء ، ولأن الجميع كان ملـكا لها تصرفت فيه ، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه ، فلا يثبت فى ذمتها غير ذلك ، وأيهما أراد تـكميل الصداق لصاحبه فإنه يجدد له هبة مبتدأة . وأما إن كان الصداق عيناً فى يد أحدهما فعفا الذى هو

(١) سورة البقرة آية ١٣٧ (٢) سورة النساء آية ٤

فى يده للآخر فهو هبة (له)[1] تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ، ولا تصح بلفظ الإبراء والإسقاط ، ويفتقر إلى القبض فيما يشترط القبض فيه ، وإن عفا غير الذى هو فى يده صح بهـذه الألفاظ ، وافتقر إلى مضى زمن يتأتى القبض فيه إن كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض .

٥٥٦٢ (فصـــل)

إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبى بكر ، وأحد قولى الشافعى ، لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف ، فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع،أو وهبتها لأجنبى ثم وهبها له.

والرواية الثانية : لا يرجع عليها ، وهو قول مالك ، والمزنى ، وأحد قولى الشافعى ، وهو قول أبى حنيفة ، إلا أن تزيد العين أو تنقص ، ثم تهبها له لأن الصداق عاد إليه ، ولو لم تهبه لم يرجع بشىء ، وعقد الهبة لايقتضى ضمانا ، ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة . فإن كان الصداق دينا فأبرأته منه ، فإن قلنا : لا يرجع ثَمَّ ، فهنا أولى .

وإن قلنا : يرجع ثَمَّ ، خرج ههنا وجهان :

أحدهما : لا يرجع ، لأن الإبراء إسقاط حق ، وليس بتمليك كتمليك الأعيان ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول . ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئاً ، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غَرِما .

والثانى : يرجع ، لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فهو كالعين ، والإبراء بمنزلة الهبة ، ولهذا يصح بلفظها ، وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين ، لأنه تعين بقبضه ، وقال أبو حنيفة : يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ، ثم تصرفت فيـه فوجب الرجوع عليها ، كما لو وهبته أجنبياً ، ويحتمل ألا يرجع،لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها،أو وهبته العين، أو أبرأته من الدين ثم فسخت النـكاح بفعل من جهتها، كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعة،ففى الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما فى الرجوع بالنصف سواء .

٥٥٦٣ (فصـــل)

وإن أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين : فإن قلنا : إذا وهبته الـكل لم يرجع بشىء رجع ههنا فى ربعه ، وعلى الرواية الأخرى يرجع فى النصف الباقى كلـه ، لأنه وجده

(١) ساقطة من المخطوطة ١٨ .

بعينه : وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والمزنى ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشىء ، لأن النصف حصل فى يده ، فقد استعجل حقه ، وقال الشافعى فى أحد أقواله كقولنا . والثانى : له نصف النصف الباقى ، ونصف قيمة الموهوب . والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف .

ولنا : أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه ، فأشبه مالو لم تهبه شيئاً .

٥٥٦٤ (فصـــل)

فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح ، وصار الصداق كله له ، نصفه بالطلاق، ونصفه بالخلع ، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه ، لأنه إذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالعاً بنصف النصف الذى يبقى لها ، فيصير له النصف بالطلاق ، والربع بالخلع . وإن خالعها بمثل نصف الصداق فى ذمتها صح ، وسقط جميع الصداق ، نصفه بالطلاق ، ونصفه بالمقاصة بما فى ذمتها له من عوض الخلع .

ولو قالت له اخلعنى[1] بما تسلم لى من صداقى ففعل صح،وبرىء من جميع الصداق ، وكذلك إن قالت: اخلعنى على ألا تبعة عليك فى المهر صح ، وسقط جميعه عنه ، وإن خالعته بمثل جميع الصداق فى ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه ، لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذى لها عليه ، ويسقط عنه النصف بالطلاق، ويبقى له عليها النصف ، وإن خالعته بصداقها كله فكذلك فى أحد الوجهين . وفى [الوجه] الآخر : لا يرجع عليها بشىء ، لأنه لما خالعها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ، ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شىء .

٥٥٦٥ (فصـــل)

وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده ، وسواء فى ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر ، وكذلك من سُمِّى لها مهر فاسد كالخمر والمجهول ، لأن المهر واجب فى هذه المواضع ، وإنما جهل قدره ،والبراءة من المجهول صحيحة ،لأنها إسقاط ، فصحت فى المجهول كالطلاق، وقال الشافعى : لا تصح البراءة فى شىء من هذا ، لأن المفوضة لم يجب لها مهر ، فلا يصح الإبراء مما لم يجب، وغيرها مهرها مجهول ، والبراءة من المجهول لا تصح إلا أن تقول : أبرأتك من درهم إلى ألف ، فيبرأ من مهرها ، إذا كان دون الألف . وقد دللنا على وجوبه فيما مضى ، فيصح الإبراء منــه كما لو قالت : أبرأتك من درهم إلى ألف ، وإذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول ، فإن قلنا :لا يرجع إلى المسمى لها ، لم يرجع ههنا ، وإن قلنا : يرجع ثمَّ احتمل ألا يرجع ههنا ، لأن المهر كله سقط بالطلاق ، ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل أن يرجع ،

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : خالعنى

لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق ، وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل ، لأنه الذى وجب بالعقد ، فهو كنصف المفروض ، ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة ، لأنها التى تجب بالطلاق ، فأشبهت المسمى.

٥٥٦٦ (فصـــــل)

وإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها ، لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا : إن الزوج لا يرجع عليها بشىء إذا أبرأت من جميع صداقها .

٥٥٦٧ (فصـــــل)

ولو باع رجلا عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ، ثم وجد المشترى بالعبد عيباً ، فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن ، أو أخذ أرش العيب مع إمساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ، ثم طلقها قبل الدخول ، وإن كانت بحالها فوهب المشترى العبد للبائع ثم أفلس المشترى والثمن فى ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحداً ، لأن الثمن ما عاد إلى البائع منـــه شىء ، ولذلك كان يجب أداؤه إليه قبل الفلس ، بخلاف التى قبلها ، ولو كان عبـداً ثم أسقط عنه مال الكتابة برىء وعتق ، ولم يرجع على سيده بالقدر الذى كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه ، وكذلك لو أسقط عنه القدر الذى يلزمه إيتاؤه إياه ، واستوفى الباقى لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً ، لأن إسقاطه عنه يقوم مقام الإيتاء ، وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق ، ولا يصح ، لأن المرأة أسقطت الصداق الواجب لهـــا قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه ، وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه إياه ، فكان إسقاطه مقام إيتائه ، ولهـذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشىء ، ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا .

٥٥٦٨ (فصـــــل)

ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها، فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها ، ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره ، بكراً كانت أو ثيباً ، قال أحمد : إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذاك لها ، ترجع على زوجها بالمهر ، ويرجع الزوج على أبيها . فقيل له : أليس قال النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » ؟ قال : نعم ، ولكن هذا لم يأخذ منها ، إنما أخذ من زوجها ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : له قبض صداق البكر دون الثيب ، لأن ذلك العادة ، ولأن البكر تستحيى ، فقام أبوها مقامها ، كما قام مقامها فى تزويجها .

ولنا : أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب ، أو عوض ملكته وهى رشيدة ، فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها ، كثمن مبيعها ، وأجر دارها ، وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها فى مالها من أبيها ، أو وصيه ، أو الحاكم ، لأنه من جملة أموالها ، فهو كثمن مبيعها ، وأجر دارها .

٥٥٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ ، أو منع منها بغير عذر ، فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا كانت [ممن] لا يوطأ مثلها لصغرها فطلب وليها تسليمها والإنفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج ، لأن النفقة فى مقابلة الاستمتاع ، ولهذا تسقط بالنشوز ، وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها ، وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضاً ، لأنها فى معنى الناشز ، لكونها لم تسلّم الواجب عليها ، فلا يجب تسليم ما فى مقابلته من الإنفاق ، وكل موضع لزمتــه النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طولب به . فأما الموضع الذى لا تلزمه نفقتها فيه كالصغير والمانعة نفسها فقال أبو عبــد الله ابن حامد : يجب تسليم الصداق ، وهو قول الشافعى ، لأن المهر فى مقابلة ملك البضع وقد ملــكه ، بخــلاف النفقة ، فإنها فى مقابلة التمــكين . ورد قوم هــذا وقالوا : المهر قد ملــكته فى مقابلة ما ملــكه من بضعها ، فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض .

٥٥٧٠ (فصــــل)

وإمكان الوطء فى الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضى . وذكر أنهن يختلفن فقد تــكون صغيرة السن تصلح ، وكبيرة لا تصلح . وحدّه أحمد بتسع سنين ، فقال فى رواية أبى الحارث فى الصــغيرة يطلبها زوجها : فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ، ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع . وذهب فى ذلك إلى أن النبى صلى الله عليه وسلم « بنى بعائشة وهى ابنة تسع » ، قال القاضى : وهذا عندى ليس على طريق التحــديد ، وإنمــا ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ، فمتى كانت لا تصلح الوطء لم يجب على أهلها تسليمها إليه ، وإن ذكر أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها ، لأنه لا يملك الاستمتاع بها ، وليست له بمحل ، ولا تؤمن شِرّةُ نفسه إلى مواقعتها ، فيفضيها[1] أو يقتلها .

وإن طلب أهلها دفعها إليه فامتنع له ذلك ، ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لا يتمكن من اسـتيفاء حقه منها ، وإن كانت كبيرة ، إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال ، لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها ، لأنه مانع مرجو

(١) فيفضيها : أى فيجعل مسلكيها واحداً (ف)

الزوال ، فهو كالصغر ، ولأن العادة لم تجر بِزَفِّ المريضة إلى زوجها ، والتسليم فى العقد يجب على حسب العرف ، فإن سلمت نفسها فتسلَّمها الزوج فعليه نفقتها ، لأن المرض عارض يعرض ويتكرر ، فيشق إسقاط النفقة به ، فجرى مجرى الحيض ، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها ، وإن امتنع من تسليمها فله ذلك ، ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة ، ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة . وقال القاضى : يلزمه تسلمها ، وإن امتنع فعليه نفقتها ، لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر ، فأشبه الحيض .

فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ، ولزمه تسلمها إذا عرضت عليه، لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها ، فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة ، وله أن يستمتع بها .

فإن كانت نِضْوَةَ الخَلْق[1] وهو جسيم تخاف على نفسها الإفضاء من عظم خَلْقه ، فلها منعه من جماعها ، وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج ، وعليه نفقتها ، ولا يثبت له خيار الفسخ ، لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره ، وإنما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه ، وهو عظم خلقه ، بخلاف الرتقاء . وإن طلب تسليمها إليه وهى حائض احتمل ألا يجب ذلك ، لأنه خلاف العادة . فأشبه المرض المرجو الزوال . واحتمل وجوب التسليم ، لأنه يزول قريباً ، ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج ، فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه ، كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها ، وإن عرضت عليه فأباها حتى تطهر فعلى قول القاضى يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ، ويتخرج على ما ذكرنا ألا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال .

٥٥٧١ (فصـــــل)

فإن منعت نفسها حتى تتسلم صداقها ، وكان حالا ، فلها ذلك . قال ابن المنذر : وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها ، وإن قال الزوج : لا أسلّم إليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا ، ثم تجبر هى على تسليم نفسها . ومذهب الشافعى فى هذا على نحو مذهبه فى البيع .

ولنـا : أن فى إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع ، والامتناع من بذل الصداق ، فلا يمكن الرجوع فى البضع ، بخلاف المبيع الذى يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه ، فإذا تقرر هـذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وإن كان معسراً بالصداق، لأن امتناعها بحق ، وإن كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه ، لأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبـل قبضه، كالثمن المؤجل فى البيع ، فإن حل

---

(١) أى هزيلة الجسد .

المؤجّل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً ، لأن التسليم قد وجب عليها ، واستقر قبل قبضه ، فلم يكن لها أن تمتنع منه ، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وإن كان الكل حالا فلها منع نفسها على ما ذكرنا ، فإن سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وذهب أبو عبد الله بن بطة ، وأبو اسحاق بن شاقلا ، إلى أنها ليس لها ذلك، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ، لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم ، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك ، كما لو سلم البائع المبيع ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لها ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح ، فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالأول .

فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع ، لأنه حصل بغير رضاها كالمبيع إذا أخذه المشترى من البائع كرها ، وإن أخذت الصداق فوجدته معيبا فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه ، لأن صداقها صحيح ، وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ، ثم بدا لها أن تمتنع ، وكل موضع قلنا: لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج ، لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس ، فصارت كمن لا زوج لها . ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه ، لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه ، كسائر الديون .

٥٥٧٢ (فصـــــل)

وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ ، لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض ، فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشترى بالثمن قبل تسليم المبيع ، وإن أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها ، فإن قلنا : لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول ، وإن قلنا : ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ ، كما لو أفلس بدين لآخر . ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه .

٥٥٧٣ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا تزوجها على صداقين: سر، وعلانية ، أخذ بالعلانية ، وإن كان السر قد انعقد به النكاح ﴾

ظاهر كلام الخرقي : أن الرجل إذا تزوج المرأة في السر بمهر، ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر : أنه يؤخذ بالعلانية ، وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الأثرم ، وهو قول الشعبي، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبي عبيد . وقال القاضي : الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو علانية ، وحمل كلام أحمد

والخرقى ، على أن المرأة لم تقر بنكاح السر ، فيثبت مهر العلانية ، لأنه الذى ثبت به النكاح ، وهذا قول سعيد بن عبد العزيز ، وأبى حنيفة ، والأوزاعى ، والشافعى . ونحوه عن شريح ، والحسن ، والزهرى ، والحكم بن عيينة ، ومالك ، وإسحاق ، لأن العلانية ليس بعقد ،ولا يتعلق به وجوب شىء .

ووجه قول الخرقى : أنه إذا عقد فى الظاهر عقداً بعـد عقد السر ، فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر ، فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ، ومقتضى ما ذكرنا من التعليل لكلام الخرقى : أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية ، وجب مهر السر ، لأنه وجب عليه بعقده ، ولم تسقطه العـلانية فيبقى وجوبه . فأما إن اتفقا على أن المهر ألف ، وأنهما يعقدان العقد بألفين ، تجمُّلاً ففعل ذلك ، فالمهر ألفان ، لأنهما تسمية صحيحة فى عقد صحيح ، فوجبت كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها ، وهذا أيضاً قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية ، نحو أن يكون السر ألفاً والعلانية ألفين ، أو يكونا من جنسين [مختلفين] مثل أن يكون السر مائة درهم ، والعلانية مائة دينار .

وإذا قلنا : إن الواجب مهر العلانية فيستحب المرأة أن تفى للزوج بما وعدت به ، وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر . قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا تزوج امرأة فى السر بمهر ، وأعلنوا مهرا ، ينبغى لهم أن يفوا ، ويؤخذ بالعلانية ، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «المؤمنون على شروطهم»[1] ، وعلى قول القاضى : إذا ادعى الزوج عقدا فى السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته[2] فليس لها سواه ، وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكرة ، وإن أقرت به وقالت : هما مهران فى نكاحين ، وقال : بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه ، فالقول قولها ، لأن الظاهر أن الثانى عقد صحيح يفيد حكما كالأول ، ولها المهر فى العقد الأول ، إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول . وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة ، فإن ادعت أنه دخل بها فى النكاح الأول ثم طلقها طلاقا بائنا ، ثم نكحها نكاحا ثانيا ، حلفت على ذلك واستحقت ، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه ، لزمها ما أقرت به .

٥٥٧٤ (فصـــــل)

إذا تزوج أربع نسوة فى عقد واحد بمهر واحد ، مثل أن يكون لهن ولىّ واحد ، كبنات الأعمام ، أو

---

(١) ورد بلفظ «المسلمون على شروطهم» أخرجه أبو داوو والحاكم عن أبى هريرة (ف).

(٢) فى المطبوعات «فيه مهر قليل قصد فيه» والصواب «فيه مهر قليل فصدقته» ويؤيده ما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٧٦ كما يؤيده مقابلته هنا بقوله «وإن أنكرته» (ف) .

موليات لمولى واحد ، أو من ليس لهن ولى ، فزوجهن الحاكم ، أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلا واحداً ، فعقد نكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح . وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أشهر قولى الشافعى .

والقول الثانى : أن المهر فاسد ، ويجب مهر المثل ، لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم .

ولنا : أن الفرض فى الجملة معلوم ، فلا يفسد لجهالته فى التفصيل ، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد . وكذلك الصبرة[1] بثمن واحد ، وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا ، فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن فى قول القاضى وابن حامد ، وهو قول أبى حنيفة ، وصاحبيه ، والشافعى . وقال أبو بكر : يقسم بينهن بالسوية ، لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة ، فكان بينهن بالسوية ، كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن ، وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ، ثم باعوه مرابحة أو مساومة ، كان الثمن بينهم بالسواء ، وإن اختلفت رؤوس أموالهم ، ولأن القول بتقسيطه يفضى إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن ، وذلك يفسده .

ولنا : أن الصفقة : اشتملت على شيئين مختلفى القيمة ، فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة ، كما لو باع شقصاً وسيفا ، أو كما لو ابتاع عبدين ، فوجد أحدهما حراً أو مغصوباً ، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبدين ، فإذا أحدهما حر .أنه يرجع بقيمته من الثمن ، وكذلك ، نص فيمن تزوج على جاريتين ، فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة ، ولو اشترى عبدين فوجد أحدهما معيباً ، فرده رجع بقسطه من الثمن . وما ذكره من المسألة غير مسلم له ، وإن سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسألتنا .

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها ، بخلاف مسألتنا ، وإفضاؤه إلى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع امرأتين بعوض واحد ، أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ، ويقسم العوض فى الخلع على قدر المهرين ، وفى الكتابة على قدر قيمة العبيد ، وعلى قول أبى بكر : يقسم بالسوية فى المسألتين .

٥٥٧٥ (فصـــــل)

وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد ، وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك ، وقلنا بصحة النكاح فى الأخرى ، فلها بحصتها من المسمى ، وبه قال الشافعى على قول ، وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله للتى يصح نكاحها ، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال ، فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى .

(١) سبق شرحها فى الزكاة

ولنا : أنه عقد على عينين ، إحداهما لا يجوز العقد عليها ، فلزمه فى الأخرى بحصتهـا ، كما لو باع عبده وأم ولده ، وما ذكروه ليس بصحيح ، فإن المرأة فى مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط .

٥٥٧٦ (فصـــــل)

فإن جمع بين نـكاح وبيع فقال : زوجتك ابنتى ، وبعتك دارى هـــذه بألف ، صح ، ويقسط الألف على صداقها وقيمة الدار ، وإن قال : زوجتك ابنتى ،واشتريت منك عبدك هذا بألف. فقال : بعتك وقبلت النـكاح ، صح ، ويقسط الألف على العبد ومهر المثل ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يصح البيع والمهر ، لإفضائه إلى الجهالة .

ولنا : أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً ، فصح جمعهما ، كما لو باعه ثوبين ، فإن قال :زوجتك ولك هذا الألف بألفين ، لم يصح المهر ، لأنه كمسألة مُدّ عَجْوة .

٥٥٧٧ (فصـــل)

وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً ، وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً ، فالتسمية فاسدة ، ولها صداق نسائها . نص عليه أحمد فى رواية مهنا ، لأن حال الأب غير معلومة فيـكون مجهولا . وإن قال : تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك ، وعلى ألفين إن أخرجتك منها : أو على ألف إن لم يكن لى امرأة ، وعلى ألفين إن كانت لى امرأة . فنص أحمد على صحة التسمية فى هاتين المسألتين .

وقال القاضى ، وأبو بكر : فى الجميع روايتان .

إحداهما : لايصح ، واختاره أبو بكر ، لأن سبيله سبيل الشرطين ، فلم يجز كالبيع .

والرواية الثانية : يصح ، لأن ألفا معلوم ، وإنما جهل الثانى . وهو معلوم على شرط ، فإن وجد الشرط كان زيادة فى الصداق ، والصداق تجوز الزيادة فيه .

والأولى أولى . والقول بأن هذا تعليق على شرط لايصح لوجهين .

أحدهما : أن الزيادة لايصح تعليقها على شرط ، فلو قال : إن مات أبوك ، فقد زدتك فى صداقك ألفاً ، لم تصح ، ولم تلزم الزيادة عند موت الأب .

والثانى : أن الشرط ههنا لم يتجدد فى قوله : إن كان لى زوجة ، أو : إن كان أبوك ميتاً ، ولا الذى جعل الألف فيه معلوم الوجود ، ليـكون الألف الثانى زيادة عليه .

ويمكن الفرق بين المسألة التى نص أحمد على إبطال التسمية فيها ، وبين التى نص على الصحة فيها بأن الصفة التى جعـل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيـه ، وهو كون أبيها ميتاً[١]

(١) فى المخطوطة ١٨ : وهو موت أبيها .

بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيهما ، فإن خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها ، من أكبر أغراضها ، وكذلك إقرارها فى دارها بين أهلها وفى وطنها ، فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى ، ولا يكون فى كل مسألة إلا رواية واحدة ، وهى الصحة فى المسألتين الآخرتين ، والبطلان فى المسألة الأولى ، وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به .

٥٥٧٨ (فصـــــل)

وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى ، لم تصح التسمية ، ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار أبى بكر وقول أكثر الفقهاء ، لأن هذا ليس بمال وإنما قال تعالى : « أَنْ تبتغوا بأمولكُم[1] » ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفى مافى صحفتها ، ولتنكح ، فإنما لها ماقدر لها[2] » ، صحيح . وروى عبد الله بن عمرو ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى[3] » ولأن هذا لا يصلح ثمناً فى بيع ، ولا أجراً فى إجارة ، فلم يصح صداقاً كالمنافع المحرمة . فعلى هذا يكون حكمه حكم مالو أصدقها خمراً ونحوه ، يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة ، عند من يوجبها فى التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى : أن التسمية صحيحة ، لأنه شرط فعلا لها فيه نفع وفائدة ، لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها ، فصح صداقاً ، كعتق أبيها وخياطة قميصها ، ولهذا صح بذل العوض فى طلاقها بالخلع ، فعلى هذا إن لم يطلق ضرتها ، فلها مثل صداق الضرة ، لأنه سمى لها صداقاً لم يصل إليه ، فكان لها قيمته ، كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل أن لها مهر مثلها ، لأن الطلاق لاقيمة له ، وإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها إليها إلى سنة ، فلم تطلقها ، فقال أحمد : إذا تزوج امرأة وجعل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت ، فجاء الوقت ولم تقض شيئاً ، رجع الأمر إليه ، فقد أسقط أحمد حقها لأنه جعله لها إلى وقت .

فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئاً ، بطل تصرفها كالوكيل ، وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان[4] ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يسقط ، لأنها تركت ماشرط لها باختيارها فسقط حقها ، كما لو تزوجها على عبد فأعتقته .

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) أخرجه البخارى وأبو داود عن أبى هريرة (ف) .
(٣) أخرجه أحمد (ف) . (٤) فى المخطوطة ٢٠ : على وجهين .

والثانى : لا يسقط ، لأنها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط ، كما لو أجلت قبض دراهمها ، وهل ترجع إلى مهر مثلها ، أو إلى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين .

٥٥٧٩ ﴿ فصــــل ﴾

الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به . نص عليه أحمد ، قال : فى الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها فى مهرها فهو جائز . فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذى زادها . وهذا قول أبى حنيفة . وقال الشافعى : لا تلحق الزيادة بالعقد ، فإن زادها فهى هبة تفتقر إلى شروط الهبة . وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشىء من الزيادة . قال القاضى : وعن أحمد مثل ذلك ، فإنه قال : إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعاً ، فقالت الأمة : زدنى فى مهرى حتى أختارك ، فالزيادة للأمة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد ، وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد ، فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ، ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها ، وأنها تكون للسيد . واحتج الشافعى بأن الزوج ملك البضع بالمسمى ، فى العقد ، فلم يحصل بالزيادة شىء من المعقود عليه ، فلا تكون عوضاً فى النكاح ، كما لو وهبها شيئاً ولأنها زيادة فى عوض العقد بعد لزومه ، فلم يلحق به كما فى البيع .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ »[1] ، ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر ، فكان حالة الزيادة كحالة العقد . وبهذا فارق البيع والإجارة ، وقولهم : إنه لم يملك به شيئاً من المعقود عليه ، قلنا : هذا يبطل بجميع الصداق ، فإن الملك ما حصل به ، ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا ألزم عندهم ، فإنهم قالوا : مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد . وقد ملك البضع بدونه ، ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد ، فيكون كأنه ثبت بهما جميعاً ، كما قالوا فى مهر المفوضة إذا فرضه ، وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . إذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى فى العقد ، فى أنها تتنصف بالطلاق ، ولا تفتقر إلى شروط الهبة ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له ، لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ، ولا وجوده فى حال عدمه ، وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ .

وقال القاضى : فى الزيادة وجه آخر ، أنها تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك ، فإن من جملها صداقاً جملها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله ، وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جملها هبة

---

(١) سورة النساء الآية ٢٤ .

جملها جميعاً للمرأة لا تتنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة ، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة فإن كان القاضى أراد ذلك فهذا وجهه وإلا فلا .

٥٥٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن أصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ، ورجع بنصف الأمهات ، إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، أو يأخذ نصفها ناقصة ﴾

قد ذكرنا أن المهر يدخل فى ملك المرأة بمجرد العقد ، فإذا زاد فالزيادة لها ، وإن نقص فعليها ، وإذا كانت غنما فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه ، لأنه نماء ملكها ، ويرجع فى نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة ، لأنه نصف ما فرض لها ، وقد قال الله تعالى : « وإنْ طلقتموهُنَّ من قبلِ أنْ تمسوهُنَّ وقد فرضتُمْ لهنَّ فريضةً فنصف ما فرضتُمْ »[1] ، وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً ،لأنه راض بدون حقه ،وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة : لا يرجع فى نصف الأصل ، وإنما يرجع فى نصف القيمة ، لأنه لا يجوز فسخ العقد فى الأصل دون النماء ، لأنه موجب العقد فلم يجز رجوعه فى الأصل بدونه .

ولنا : أن هذا نماء منفصل عن الصداق ،فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض . وما ذكروه فغير صحيح ، لأن الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد،إنما هو من موجبات الملك ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه ، فيكون النقص من ضمانه ، والزيادة لها ، فتنفرد بالأولاد ، وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة ، وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة: إذا ولدت فى يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع فى نصف الأولاد أيضاً، لأن الولد دخل فى التسليم المستحق بالعقد ، لأن حق التسليم تعلق بالأم ، فسرى إلى الولد كحق الاستيلاد ، وما دخل فى التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كالذى دخل فى العقد .

ولنا : قول الله تعالى: « فنصف ما فرضتم[2] » وما فرض ههنا إلا الأمهات ، فلا يتنصف سواها

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

ولأن الولد حدث فى ملكها. فأشبه ماحدث فى يدها، ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد ، فإن حق الاستيلاد يسرى ، وحق التسليم لا سراية له . فإن تلف فى يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب ، وإلا لم يضمنه ، لأنه تبع لأمه .

٥٥٨١ (فصــــل)

والحكم فى الصداق إذا كان جارية كالحكم فى الغنم . فإذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع فى نصف الأصل لأنه يفضى إلى التفريق بين الأم وولدها فى بعض الزمان ، وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها فى جميع الزمان[٢] لا يجوز فى بعضه ، فيرجع أيضا فى نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

٥٥٨٢ (فصــــل)

وإن كان الصداق بهيمة حائلا فحملت، فالحمل فيها زيادة متصلة، إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها ، وليس ذلك معدوداً نقصاً، ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها، ونقصت من وجه ، لأن الحمل فى النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ، ولهذا يرد بها المبيع ، فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ، ولا يلزمه قبولها لأجل النقص ، وله نصف قيمتها ، وإن اتفقا على تنصيفها جاز . وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين : الجارية وولدها ، وزاد الولد فى ملكها ، فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعاً أجبر على قبولها ، لأنها زيادة غير متميزة . وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع فى نصف الولد لزيادته ، ولا فى نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ، ويرجع بنصف قيمة الأم ، وفى نصف الولد وجهان .

أحدهما : لا يستحق نصف قيمته ، لأنه حالة العقد لا قيمة له ، وحالة الانفصال قد زاد فى ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته . ويفارق ولد المغرور ، فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسألتنا .

والثانى : له نصف قيمته، لأنه أصدقها عينين، فلا يرجع فى إحداها دون الأخرى ، ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة إمكان تقويمه ، وفى المسألة وجه آخر : وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث .

٥٥٨٣ (فصــــل)

إذا كان الصداق مكيلا أو موزونا فنقص فى يد الزوج قبل تسليمه إليها، أو كان غير المكيل والموزون

---

(٢) فى المخطوط ٢٠ : فى جميع الأزمان .

فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه، لأنه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخـذ نصفه ناقصاً مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، لأنه إن زاد فلها وإن نقص فعليه، فهو بمنزلة الغاصب . ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الأسعار ، لأنها ليست من ضمان الغاصب ، فههنا أولى .

٥٥٨٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبغته، ثم طلقها قبـل الدخول، رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ ، فيكون له النصف ، أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره ﴾

إنمـا كان له نصف القيمة لأنه قد صار فى الأرض والثـوب زيادة للمرأة وهى البناء والصبـغ ، فإن دفعت إليه نصف الجميـع زائداً فعليه قبوله . لأنه حقه وزيادة،وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف،فقال الخرقى : له ذلك ، قال القاضى : هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك[1] لأنها تجبر[2] على قبوله،لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر،لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره ، فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشترى فيها فبذل الشفيع قيمته، لزم المشترى قبولها ، وكذلك إذا رجع المعير فى أرضه وفيها بنـــاء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها .

٥٥٨٥ (فصـــل)

إذا أصدقها نخلا حائلا فأثمرت فى يده فالثمرة لها،لأنها نماء ملكها، فإن جذّها بعد تناهيها وجعلها فى ظروف وألقى عليها صفراً من صفرها ، وهو سيلان الرطب بغير طبخ ، وهـذا يفعله أهل الحجاز حفظاً لرطوبتها . لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها : ألا تنقص قيمة الثمرة والصفر ، بل كانا بحالها أو زادا فإنه يردهما عليها ولا شىء عليه .

الثـانى : أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين . أحدهما : أن يكون نقصهما متناهياً فإنه يدفعهما إليها وأرش نقصهما ، لأنه تعدى بما فعله من ذلك . الضرب الثانى : ألا يتناهى بل يتزايد . ففيـــه وجهان . أحدها : أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلـكة . والثانى : هى مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه .

الحـال الثـالث : ألا تنقص قيمتها لـكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتهـا فللزوج إخراجهـا وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملـكه ، وإذا نقصت فالحـكم على ما ذكرناه .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ على ذلك .

(٢) فى النسخ(لأنها تجبر) والصواب (لاتجبر) كما يفهم من سياق الـكلام ،وكما فى الشرح الـكبير جـ٨ص٥٤(ف)

وإن قال الزوج : أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضى : يلزمها قبولها ، لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها . ويحتمل ألا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها .

٥٥٨٦ ﴿ مسألة ﴾

فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة . والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها . فإن قال : أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما . وفى الموضع الذى حكمنا أن له رده إذا قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك فى أحد الوجهين . والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة فى البيع . وقد ذكرناها فى موضعها .

٥٥٨٧ (فصل)

إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد، لأنه وطء فى غير ملكه، وعليه المهر لسيدتها ،أكرهها أو طاوعته ، لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع ، والولد رقيق[1] للمرأة . وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة،وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به . وعليه قيمته يوم ولادته ،ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك ، لأنه لا ملك له فيها ، وتخير المرأة بين أخذها فى حال حملها وبين أخذ قيمتها ، لأنه نقصها بإحبالها ، وهل لها الأرش مع ذلك ؟ يحتمل أن لها الأرش لأنها نقصت بعدوانه . أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى فى الأرش ههنا قولان . وقال بعضهم : ينبغى أن يكون لها المطالبة بالأرش قولا واحد، لأن النقص حصل بفعله الذى تعدى به، فهو كالغاصب ، وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح .

٥٥٨٨ (فصل)

إذا أصدق ذمى ذمية خمراً فتخللت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل ألا يرجع عليها بشىء ، لأنها قد زادت فى يدها بالتخلل والزيادة لها ، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل[2] فلا قيمة لها ، وإنما يرجع إذا زادت فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها . وإن تخللت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها ، لأن الزيادة لها ، ويحتمل : أن يكون الخل له ، وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا إلينا قبل القبض ، أو أسلما ، أو أحدهما .

---

(١) فى نسخة : رهن . على هامش المطبوعة . وكذلك فى المخطوطة ١٨

(٢) فى المخطوطة ١٨ : قبل أن تتخلل .

٥٥٨٩ (فصـــل)

إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح . ذكره أبو بكر، لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب ، وكلاهما صحيح ، ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً، واختلف أصحاب الشافعي فنهم من قال كقولنا ، ومنهم من قال: لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر، لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول ، والمعسر معلوم ما عليه . ومنهم من قال : لا يصح أصلا ، لأنه ضمان ما لم يجب .

ولنا : أن الحَبَل لا يمنع صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا .

٥٥٩٠ (فصـــل)

ويجب المهر للمنكوحة نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه ، ويجب للمكرهة على الزنا . وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا مهر لها إن كانت ثيباً ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة ، وذكر القاضي أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهي بكر : فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فلها المهر بما استحل من فرجها »[1] وهذا حجة على أبي حنيفة فإن المكره مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل ، كقوله عليه السلام: « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه »[2] وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ، ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفي العقد الفاسد كرها فوجب بدله كإتلاف المال وأكل طعام الغير .

ولنا على أنه لا يجب الأرش : أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء . يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء، وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد، وكونه تمحض عدوانا، ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها ، فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ، فلا يجب عوضها مرة ثانية . [و] يحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى، فتصير كأنها معدومة ، فلا يجب لها إلا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر ، فلا تجوز الزيادة عليه . والله أعلم .

(١) أخرجه الخمسة إلا النسائي عن عائشة في اشتراط الولي (ف) .

(٢) أخرجه الترمذي عن صهيب (ف)

٥٥٩١ (فصـــل)

ولافرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه . وهو اختيار أبي بكر . ومذهب النخعي ومكحول،وأبي حنيفة، والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن ، وهو قول الشعبي لأن تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط، وفارق من حرمت تحريم المصاهرة . فإن تحريمها طارىء ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارىء أيضاً ، وعن أحمد رواية أخرى : أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت . ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها أخف .

ولنا : أن ما ضمن للأجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة ولأنه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال ، وبهذا فارق اللواط ، فإنه ليس بمضمون على أحد .

٥٥٩٢ (فصـــل)

ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط، لأن الشرع لم يرد ببدله، ولا هو إتلاف لشيء ، فأشبه القبلة والوطء دون الفرج ، ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ، ولا يسقط ببذلها لأن الحق لغيرها ، فأشبه مالو بذلت قطع يدها .

٥٥٩٣ (فصـــل)

ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لاتبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك: لا يلزمه إلا مهر واحد . .

ولنا : أن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرضتم) ووطؤه بعد ذلك عرى عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره .

٥٥٩٤ (فصـــل)

ومن نكاحها باطل بالإجماع كالزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال ، وتحريم الوطء وهي مطاوعة عليه فلا مهر لها ، لأنه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه ، وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها، لأنه وطء شبهة .

وقد روى أبو داود بإسناده «أن رجلا يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر ،

فجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق » وفى لفظ قال : « الصداق بما استحللت من فرجها ، فإذا ولدت فاجلدوها » وروى سعيد فى سننه عن عمران بن كثير « أن عبيد الله بن الحر[1] تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء ، فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة ، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على رضى الله عنه ، فقصوا عليهم قصتهم فردعليه المرأة، وكانت حاملا من عكرمة. فوضعت على يد عدل. فقالت المرأة لعلى أنا أحق بمالى أو عبيدالله ؟ قال : بل أنت أحق بمالك . قالت : فاشهدوا أن ما كان لى على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما فى بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه» .

٥٥٩٥ (فصـــل)

والصداق إذا كان فى الذمة فهو دين إذا مات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص ، قال أحمد فى مريض تزوج فى مرضه وعليه دين ومات : ماترك بين الغرماء والمرأة بالحصص . وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون .

٥٥٩٦ (فصـــل)

وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبـل المرأة مثل إسلامها أو ردتها أو إرضاعها من ينفسخ النكاح بإرضاعه أو ارتضاعها وهى صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه، أو لعتقها تحت عبد، أو فسخه بعيبها، فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة[2] لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله ، كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه . وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته .أو جاءت من أجنبى كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه، أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبـل. أجنبى وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه ، لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النـكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها ،سواء قتلها زوجها أو أجنبى، أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سـيدها ، وإن طلق الحاكم على الزوج فى الإيلاء فهو كطلاقه، لأنه قام مقامه فى إيفاء الحق عليه عند امتناعه . وفى فرقة اللعان روايتان .

إحداها : هى كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه . والثانية : يسقط به مهرها، لأن الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته . وفى فرقة شرائها لزوجها أيضاً روايتان .

(١) فى النسخ المطبوعة (عبدالله) والصواب (عبيد الله) كما تفيده بقية القصة .وكذا فى الشرح الكبير ص ١٠٠ (ف)
(٢) فى المخطوطة ١٨ : ولا تجب لها المتعة .

إحداها : يتنصف بهامهرها، لأن البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج و بالمرأة، فأشبه الخلع . والثانية :يسقط المهر،لأن الفسخ وجد عقيب قبولها ، فأشبه فسخها المنته ، وفيما إذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين فى شرائها لزوجها ، وإذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها فى الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها، لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهى نائبه عنه ووكيلة له، وفعل الوكيل كفعل الموكل ،فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب منه وجد ، وإنما هى حققت شرطه ، والحكم ينسب إلى صاحب السبب . والله أعلم .

كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام فى العرس خاصة ، لا يقع هـذا الاسم على غيره ، كذلك حكاه ابن عبـد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنـا وغيرهم : إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث ، إلا أن استعمالها فى طعام العرس أكثر . وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات اللغة ، وأعلم بلسان العرب ، والعَذيرة إسم لدعوة الختان ، وتسمى الإعذار ، والخُرْس [1] ، والخرسة عند الولادة ، والوَكيرة دعوة البناء . يقال وكّر وخَرّس مشدد ، والنَّقيعة عنـد قدوم الغائب ، يقال : نقع مخفف ، والعَقيقة الذبح لأجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشـتهى ربيعـة الخُرْسُ والإعذارُ والنَّقيعة

والحِذَاق : الطعام عند حذاق الصبى ، والمَأْدُبة إسم لـكل دعوة لسبب كانت ، أو لغير سـبب . والآدِب صاحب المأْدُبة . قال الشـاعر :

نحن فى المشتاة ندعو الجَفَلَى لا يُرى الآداب منـا ينتقر [2]

والجفلى فى الدعوةُ أن يعم الناس بدعوته ، والنقرَى ، هو : أن يخص قوماً دون قوم .

٥٥٩٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى أن الوليمة سنة فى العرس مشروعة [3] ، لما روى أن النبى صلى الله عليـه وسلم «أمر بها وفعلها» فقال لعبـد الرحمن بن عوف حين قال : تزوجت : «أَوْلِمْ ولو بشَاة» . وقال أنس : « ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة من نسائه ما أولم على زينب ، جعل يبعثنى فأدعو له الناس، فأطعمهم خبزاً ولحماً حتى شبعوا » . وقال أنس : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطفى صفيّة لنفسه ،

---

(١) الحرس بضم الخاء وسكون الراء ، طعام الولاده، والخرسة بزياده الهاء طعام النفساء كما فى القاموس ج ٢ ص ٢١٩ (ف) . (٢) قاله طرفة بن العبد ، والشطر الأخير فى كتب الأدب ولسان العرب ج ١١ ص ١١٤ هكذا (لا ترى الآدب فينا ينتقر) . والمشتاة : زمن الشتاء والبرد . وفيه يشتد الجدب (ف) .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فى أن الوليمة فى العرس سنة مشروعة .

(٤) قال الحافظ فى الفتح ج ٩ ص ١٩٤ « وقال أهل اللغة : الحيس: يؤخذ التمر فينزع نواه ويخلط بالإقط أو الدقيق أو السويق . أ هـ .ولو جعل فيه السمن لم يخرج عن كونه حيساً » أ هـ (ف) .

فخرج بها حتى بلغ ثنيه الصهباء ، فبنى بها ، ثم صنع حيساً فى نطع صغير ، ثم قال : ائذن لمن حولك . فكانت وليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صفية » . متفق عليهن ، ويستحب أو يولم بشاة إن أمكنه (ذلك) [١] ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن : « أولم ولو بشاة[٢] » . وقال أنس « ما أولم النبى صلى الله عليه وسلم على شىء من نسائه ما أولم على زينب ، أو لم بشاة[٣] » لفظ البخارى . فإن أولم بغير هذا جاز ، فقد أولم النبى صلى الله عليه وسلم على صفية بحيس[٤] ، وأولم على بعض نسائه بمدّين من شعير[٥] ، رواه البخارى .

٥٥٩٨ (فصــــل)

وليست واجبة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى : هى واجبة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بها عبد الرحمن بن عوف . ولأن الإجابة إليها واجبة ، فكانت واجبة .

ولنا : أنها طعام لسرور حادث ، فأشبه سائر الأطعمة . والخبر محول على الاستحباب ، بدليل ما ذكرناه ، وكونه أمر بشاة ، ولا خلاف فى أنها لا تجب ، وما ذكروه من المعنى لا أصل له ، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب . وإجابة المسلِّم واجبة .

٥٥٩٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وعلى من دعى أن يجيب ﴾

قال ابن عبد البر : لا خلاف فى وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعى إليها إذا لم يكن فيها لهو . وبه يقول مالك [والثورى] والشافعى ، والعنبرى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . ومن أصحاب الشافعى من قال : هى من فروض الكفايات [٦] ، لأن الإجابة إكرام وموالاة ، فهى كرد السلام .

ولنا : ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها » وفى لفظ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها[٧] » وقال أبو هريرة : « شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ، ويترك الفقراء ، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله[٨] » . رواهن البخارى ، وهذا عام ، ومعنى قوله : « شر الطعام طعام الوليمة » والله أعلم أى :

---

(١) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٢) ، (٣) ، (٤) ، (٥) الأحاديث الأربعة بهذه الألفاظ فى البخارى ج ٧ ص ٣١ الثلاثة عن أنس ، والرابع عن صفية بنت شيبة (ف) . (٦) انظر [حلية العلماء للقفال . مخطوط رقم ٢٤٨٩٣ ب . دار الكتب المصرية] .

(٧) فى الصحيح ٧/٤٤ منيرية إذا دعيتم لها . (٨) الصحيح ٧-٤٣ ، منيرية . وفيه : ومن ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله . ولفظ المغنى فى سنن ابن ماجه ١-٦١٦ حلبى .

طعام الوليمة التي يدعى إليها الأغنياء [1] ويترك الفقـراء ، ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام ، فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ، ولا أمر بالإجابة إليها ، ولا فعلهـا ، ولأن الإجابة تجب بالدعوة ، فـكل من دعى فقد وجبت عليه الإجابة .

٥٦٠٠ (فصـــل)

وإنما تجب الإجابة على من عُيِّن بالدعوة ، بأن يدعو رجلا بعينه ، أو جماعة معينين . فإن دعا الجَفَلى ، بأن يقول : يا أيها الناس ، أجيبوا إلى الوليمة ، أو يقول الرسول : أمرت أن أدعو كل من لقيت ، أو من شئت ، لم تجب الإجابة ، ولم تستحب ، لأنه لم يعين بالدعوة ، فلم تتعين عليه الإجابة ، ولأنه غير منصوص عليه ، ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته ، وتجوز الإجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

٥٦٠١ (فصـــل)

وإذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز . فقد روى الخلال بإسناده عن أبيّ « أنه أعْرَسَ ودعى الأنصار ثمانية أيام » ، وإذا دعى في اليوم الأول وجبت الإجابة ، وفي اليوم الثاني تستحب الإجابة ، وفي اليوم الثالث لا تستحب . قال أحمد : الأول يجب ، والثاني إن أحب ، والثالث فلا ، وهـكذا مذهب الشافعي .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الوليمة أول يوم حق ، والثاني معروف ، والثالث رياءوسمعة » رواه أبو داود [2] وابن ماجه وغيرهما. وقاله سعيد بن المسيب أيضاً . ودُعِي سعيـد إلى وليمة مرتين فأجاب ، فدعى الثالثة فحصب الرسول ، رواه أبو داود والخلال .

٥٦٠٢ (فصـــل)

والدعاء إلى الوليمة إذن في الدخول والأكل ، بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دعى أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له » ، رواه أبو داود [3]. وقال عبد الله بن مسعود: « إذا دعيت فقد أذن لك » رواه الإمام أحمد بإسناده .

٥٦٠٣ (فصـــل)

فإن دعاه ذمىٌّ فقال أصحابنا : لا تجب إجابته ، لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة ، وتأكيد المودة

---

(١) في المخطوطة ٣٩ : يدعى لها الأغنياء .

(٢) رواه أبو داود عن رجل من ثقيف ج ٢ ص ٣٠٧ وكذلك رواه أحمد ، ورواه الترمذي عن ابن مسعود ج ٥ ص ٤ ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة ج ١ ص ٥٩١ وفي إسناده عبد الملك بن حسين قال الحافظ : ضعيف (ف).

(٣) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٦٢٩ « إذا دعى أحدكم إلى طعام فجاء مع الرسول فإن ذلك له إذن » (ف) .

والإخاء ، فلا تجب على المسلم للذمى ، ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ، ولكن تجوز إجابتهم ، لما روى أنس : « أن يهودياً دعا النبى صلى الله عليه وسلم إلى خبز شعير وإِهَالَةٍ سَنِخَة[1] فأجابه » ذكره الإمام أحمد فى الزهد .

٥٦٠٤ (فصـــل)

فإن دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما[2] وسبق أحدهما أجاب السابق ، لأن إجابته وجبت حين دعاه ، فلم يزل الوجوب بدعاء الثانى ، ولم تجب إجابة الثانى ، لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول ، فإن استويا أجاب أقربهما منه باباً ، لما روى أبو داود بإسناده[3] عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما باباً ، فإن أقربهما باباً أقربهما جواراً ، فإن سبق أحدهما فأجب الذى سبق » وروى البخارى بإسناده عن عائشة قالت : « قلت يا رسول الله إن لى جارين ، فإلى أيهما أهدى ؟ قال: أقربهما منك باباً » ، ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعانى ، فإن استويا أجاب أقربهما رحماً ، لما فيه من صلة الرحم ، فإن استويا أجاب أدينهما ، فإن استويا أقرع بينهما ، لأن القرعة تميز المستحق عند استواء الحقوق .

٥٦٠٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يحب أن يطعم دعا وانصرف ﴾

وجملة ذلك : أن الواجب الإجابة إلى الدعوة ، لأنها الذى أمر به ، وتُوُعِّد على تركه ، أما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً ، نص عليه أحمد ، لكن إن كان المدعو صائماً صوماً واجباً أجاب ولم يفطر ، لأن الفطر غير جائز ، فإن الصوم واجب والأكل غير واجب . وقد روى أبوهريرة أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليدعُ ، وإن كان مفطراً فليطعم» . رواه[4] أبوداود وفى رواية « فليصلّ » يعنى يدعو ، ودعى ابن عمر إلى وليمة لحضر ومد يده وقال :

---

(١) كل شىء من الأدهان مما يؤتدم به إهالة . وقيل : ما أذيب من الألية والشحم . وقيل : الدسم الجامد . والسنخة : المتغيرة الريح . (النهاية ١ / ٨٤ حلبى) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ولا يمكن الجمع بينهما .

(٣) إسناده فى أبى داود جـ ٢ ص ٣١٠ وفيه أبو خالد الدالانى وهو يزيد بن عبد الرحمن اختلف فيه كما فى معالم السنن جـ ٥ ص ٢٩٥ قال الحافظ فى تلخيص الحبير جـ ٣ ص ١٩٦ « إسناده ضعيف » ثم قال « وله شاهد فى البخارى من حديث عائشة » وساق حديثها وهو الذى ذكره المغنى عقبه (ف) .
الدالانى . قال عنه ابن حبان : لايجوز الاحتجاج به . وقال شريك : كان مرجئاً [نيل الأوطار ٦/٩٨و٩٩

(٤) هذا الحديث رواه أبو داود عن ابن عمر بتقديم (فإن كان مفطراً فليطعم) على (وإن كان صائماً فليدع) انظر جـ ٢ ص ٣٠٦ أما رواية أبى هريره فقد أخرجها مسلم جـ ٢ ص ١٠٥٤ بلفظ « فإن كان صائماً فليصل ... » (ف) .

« بسم الله ، ثم قبض يده وقال : كلوا فإنى صائم » . وإن كان صوماً تطوعاً استحب له الأكل ، لأن له الخروج من الصوم ، فإذا كان فى الأكل إجابة أخيه المسلم . وإدخال السرور على قلبه كان أولى . وقد روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان فى دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية ، فقال إنى صائم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخوكم وتكلف لكم ، كل ثم صم يوماً مكانه إن شئت[١] » وإن أحب إتمام الصيام جاز ، لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ، ويبارك[٢] ، ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره ، فتزول عنه التهمة فى ترك الأكل ، وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه : أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم ، فقال : إنى صائم ، ولكننى أحببت أن أجيب الداعى فأدعوا بالبركة » . وعن عبد الله[٣] قال « إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل : إنى صائم » . وإن كان مفطراً فالأولى له الأكل ، لأنه أبلغ فى إكرام الداعى ، وجبر قلبه ، ولا يجب عليه ذلك . وقال أصحاب الشافعى : فيه وجه آخر : أنه يلزمه الأكل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « وإن كان مفطراً فليطعم » ، ولأن المقصود منه الأكل فكان واجبا .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن شاء أكل وإن شاء ترك[٤] » حديث صحيح ، ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم ، فلما لم يلزمه (الأكل[٥]) لم يلزمه إذا كان مفطراً ، وقولهم : المقصود الأكل ، قلنا ، بل المقصود الإجابة ، ولذلك وجبت على الصائم الذى لا يأكل .

٥٦٠٦ (فصـــل)

إذا دعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه[٦] الإنكار وإزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار ، لأنه يؤدى فرضين : إجابة (أخيه)[٧] ، المسلم ، وإزالة المنكر . وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر . وإن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله ، فإن لم يقدر انصرف ، ونحو هذا قال الشافعى . وقال مالك

---

(١) أخرجه الدارقطنى عن جابر ج ١ ص ٢٣٧ طبع الهند بلفظ « تكلف لك أخوك وصنع ثم تقول : إنى صائم ، كل وصم يوما مكانه » وليس فيه « إن شئت » لكن قال الحافظ فى التلخيص ج ٣ ص ١٩٨ « فيه عمرو ابن خليف وضاع » رواه الدارقطنى والبيهقى بسند ضعيف آخر مرسل ، لكن فى منتخب كنز العمال ج ٣ ص ٤٢٣ زيادة (إن شئت) معزوة للبيهقى عن أبى سعيد (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ويترك .

(٣) أجمع علماء الرجال على أنه ابن مسعود إذا أطلق .

(٤) أخرجه مسلم وأبو داود وأحمد عن جابر (ف)

(٥) ساقطة من المخطوطة ٤٩ (٦) فى المخطوطة ٣٩ فأمكنه الإنكار (٧) ساقطة من المخطوطة: ٣٩، ١٨

أما اللهو الخفيف ، كالدف والـكبر[1] فلا يرجع ، قاله ابن القاسم ، وقال أصبغ : أرى أن يرجع . وقال أبو حنيفة : إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل . وقال محمد بن الحسن : إن كان ممن يقتدى به فأحب إلى أن يخرج ، وقال الليث : إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغى له أن يشهدها .

والأصل فى هذا ماروى سُفَيْنة[2] : أن رجلا أضافه على ، فصنع له طعاما ، فقالت فاطمة : لو دعونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معنا ؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتى الباب ، فرأى قراما[3] فى ناحية البيت فرجع ، فقالت فاطمة لعلى : الحقه فقل له : ما أرجعك يارسول الله ؟ فقال : إنه ليس لى أن أدخل بيتا مزوقا» حديث حسن . وروى أبو حفص بإسناده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها[4] الخمر» وعن نافع قال : «كنت أسير مع عبد الله بن عمر ، فسمع زمارة راع ، فوضع أصبعيه فى أذنيه ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول : يانافع ، أتسمع ؟ حتى قلت : لا . فأخرج أصبعيه من أذنيه : ثم رجع إلى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع » رواه أبو داود والخلال ، ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة إلى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته .

ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر ، حيث يباح له المقام ، فإن تلك حال حاجة لما فى الخروج من المنزل من الضرر[5] .

٥٦٠٧ (فصــــــل)

فإن رأى نقوشاً وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك . لأن تلك نقوش ،فهى كالعلم فى الثوب[6] ، وإن كانت فيه صور حيوان فى موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتى فى البسط والوسائد جاز أيضاً ، وإن كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس ، وإن لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس ،وعلى هذا أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر : هذا أعدل المذاهب. وحكاه عن سعد بن أبى وقاص[7] وسالم ، وعروة ، وابن سيرين ، وعطاء ، وعكرمة بن خالد ، وعكرمة مولى ابن عباس ، وسعيد بن جبير ،

---

(١) فى النسخ المطبوعة (الـكير) بالياء والصواب بالباء ، الـكبر بفتح الباء والـكاف : الطبل ذو الرأسين وقيل الطبل الذى له وجه واحد كما فى لسان العرب ج ٥ ص ١٣٠ (ب)

(٢) أخرجه أحمد ج ٥ ص ٢٢٠ باختلاف يسير فى اللفظ (ف)

(٣) هو ثوب فيه رقم ونقوش . أو الستر الرقيق . وقيل : ثوب من صوف ملون يفرش فى الهودج أو يغطى به

(٤) أخرجه أحمد والنسائى والترمذى والحاكم عن جابر كما فى نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٣ (ف)

(٥) أنظر قصة الإمام أبى حنيفة وجاره السكير فى مناقبه (تنوير بصائر المقلدين) للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى

(٦) فى المخطوطة ٣٩ : كالعلم فى ثوب . (٧) فى المخطوطة ٢٩ : سعيد بن أبى وقاص. وهو خطأ .

وهو مذهب الشافعي . وكان أبو هريرة يكره التصاوير وما نصب منها وما بسط ، وكذلك مالك ، إلا أنه كان يكرهها تنزها ، ولا يراها محرمة ، ولعلهم يذهبون إلى عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: « إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة » ، متفق عليه [١] . وروى عن ابن مسعود « أنه دعى إلى طعام ، فلما قيل له أن فى البيت صورة ، أبى أن يذهب حتى كسرت [٢] » .

ولنا : ما روت عائشة قالت : « قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت لى سهوة [٣] بنمط فيه تصاوير ، فلما رآه قال : أتسترين الجدر بستر فيه تصاوير ؟ فهتكه [٥] ، قالت : فجعلت منه منتبذتين [٤] ، كأني أنظر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئاً على إحداهما [٥] » رواه ابن عبد البر . ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الأصنام التي تعبد وتتخذ آلهة . فلا تكره [٦] وما رويناه أخص مما رووه . وقد روى عن أبى طلحة أنه قيل له : « ألم يقل النبي صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة (ولا كلب) [٧] قال : ألم تسمعه [٨] قال : إلا رقما فى ثوب ؟»

---

(١) وفى ابن ماجه أيضا ٢ /٢٠٣ : حلبي

(٢) أخرجه البخارى واختلفت الروايات عنه هل رواه عن ابن مسعود أو أبى مسعود عقبة بن عمرو . ولكن رجح الحافظ فى الفتح جـ ٩ ص ٢٠٤ أن يكون أبا مسعود، لرواية البيهقى . لكنه قال : ويحتمل أن يكون ذلك وقع لعبد الله ابن مسعود أيضاً لكن لم أقف عليه ، أ هـ (ف)

(٣) السهوة . قال فى النهاية : بيت صغير منحدر فى الأرض قليلا شبيه بالمخدع والخزانة . وقيل: هو كالصفة تكون بين يدى البيت . وقيل شبيه بالرف أو الطاق يوضع فيه الشىء .

(٤) المنتبذتين . وفى ابن ماجه :منبوذتين . هما : المخدتان .

(٥) الحديث فى سنن ابن ماجه مع اختلاف فى اللفظ . وفى البخارى ٣٠٨/٧ . مع اختلاف فى اللفظ أيضا ٢ - ١٣٠٤ حلبى .

(٦) فى المطبوعة : فلا تكرم . ورجحنا ما فى المخطوطات : ٣٩ ، ١٨ ، ٢٠ .

(٧) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٨) ظاهر كلام المغنى يوهم أن قائل (ألم تسمعه) هو أبو طلحة وليس كذلك ، وخلاصة الواقعة كما يؤخذ من صحيح البخارى جـ ٧ ص ٢١٦ ومسلم جـ ٣ ص ١٦٦٦ أن بسر بن سعيد ومعه عبيد الله الخولانى حدثهما زيد ابن خالد أن أبا طلحة حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة - ثم مرض زيد فعاده بسر وعبيد الله فوجدا فى بيته سترا فيه تصاوير قال بسر - واللفظ للبخارى - فقلت لعبيد الله ربيب ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم : ألم يخبرنا زيد عن الصور يوم الاول ؟ فقال عبيد الله: ألم تسمعه حين قال : إلا رقما فى ثوب ؟ (ف)

متفق عليه . وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا ، والمكروه منه ما كان معلقاً ، بدليل حديث عائشة .

٥٦٠٨ (فصـــــل)

فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة ، قال ابن عباس : « الصورة :الرأس ، فإذا قطع الرأس فليس بصورة » وحكى ذلك عن عكرمة . وقد روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتانى جبريل فقال : أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل . وكان فى البيت ستر فيه تماثيل،وكان فى البيت كلب،فمُرْ برأس التمثال الذى على الباب[1] فيقطع فيصير كهيئة الشجر[2] ومرْ بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ، ومر بالكلب فليخرج. ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم »[3] وإن قطع منه مالا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه ، أو جُعل له رأس منفصل عن يديه ، لم يدخل تحت النهى ، لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه ، فهو كقطع الرأس ، وإن كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل ، فهو صورة تحت النهى ، وكذلك إذا كان فى ابتداء التصويرة[4] صورة بدن بلا رأس ، أو رأس بلا بدن ، أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان ، لم يدخل فى النهى . لأن ذلك ليس بصورة حيوان .

٥٦٠٩ (فصـــل)

وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها ، لما روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذين يصنعون هذه الصور[5] يعذبون يوم القيامة ، يقال لهم : أحيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال : « دخلنا[6] مع عبدالله بيتاً فيه تماثيل فقال لتمثال منها : تمثال من هذا ؟ قالوا : تمثال مريم . قال عبدالله : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن أشد الله عذاباً يوم القيامة المصورون » . متفق عليهما والأمر بعمله محرم كعمله .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الذى على باب البيت . (٢) فى المخطوطة ٣٩ كهيئة الشجرة !

(٣) الحديث أخرجه أبو داود ج ٢ ص٣٩٣ والترمذى ج ١ ص٢٥٠ وقال هذا حديث حسن صحيح وأخرجه أحمد ويختلف عنها لفظ الكتاب اختلافا يسيرا (ف)

(٤) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : فى ابتداء التصوير . (٥) فى المطبوعة : هذه الصورة .

(٦) ظاهر كلام المغنى أن عبدالله بن مسعود كان فى البيت مع مسروق وليس كذلك فليراجع صحيح البخارى ج٧ ص ٢١٥ وصحيح مسلم ج ٣ ص ١٦٧٠ ونصها « . . . عن مسلم بن صبيح قال : كنت مع مسروق فى بيت فيه تماثيل مريم . فقال مسروق : هذا تماثيل كسرى . فقلت : لا . هذا تماثيل مريم . فقال مسروق : أما إنى سمعت عبد الله بن مسعود يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون » (ف)

٥٦١٠ (فصــل)

فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم ، وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعى بإسقاط حرمته ، لإيجاده المنكر فى داره ، ولا يجب على من رآه فى منزل الداعى الخروج فى ظاهر كلام أحمد . فإنه قال فى رواية الفضل : إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل ؟ قال :هو أسهل من أن يكون على الجدار . قيل : فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال : لا تضيّق علينا ، ولـكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم ، يعنى لا يخرج . وهذا مذهب مالك . فإنه كان يـكرهها تنزهاً ولا يراها محرمـة . وقال أكثر أصحاب الشافعى : إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول ، لأن الملائـكة لا تدخله ، ولأنه لو لم يكن محرماً لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله .

ولنا : ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل الـكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقسمان بالأزلام فقال : قاتلهم الله ، لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط » رواه أبو داود . وما ذكرنا من خبر عبدالله أنه دخل بيتاً فيه تماثيل[1] ، وفى شروط عمر رضى الله عنه على أهل الذمة «أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها ، والمـارة بدوابهم » وروى ابن عائذ فى فتوح الشام : « أن النصارى صنعوا لعمر رضى الله عنه حين قدم الشام طعاماً فدعوه فقال : أين هو ؟ قالوا : فى الـكنيسة ، فأبى أن يذهب وقال لعلى : امض بالناس فليتغدوا ـ فذهب على رضى الله عنه بالناس، فدخل الـكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل على ينظر إلى الصور وقال : ما على أمـير المؤمنين لو دخل فأكل ؟ » وهـذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الـكنائس والبيع غير محرم ، فـكذلك المنازل التى فيها الصور ، وكون الملائـكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا ، كما لو كان فيه كلب ، ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس ، مع أن الملائـكة لا تصحبهم،وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله . والله أعلم .

٥٦١١ (فصـــــل)

فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة ، فإن كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به ، لأنه يستعمله فى حاجته فأشبه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر فى الرجوع عن الدعوة وترك الإجابة بدليل ماروى سالم بن عبد الله بن عمر قال : « أعرست فى عهد أبى فآذن أبى الناس ، فـكان أبو أيوب فيمن آذن[2] وقدستروا بيتى بخباء[3] أخضر ، فأقبل أبو أيوب مسرعاً فاطلع فرأى البيت

---

(١) الداخل مسلم بن صبيح مع مسروق ، وقد روى مسروق حديث ابن مسعود كما نبهنا قريباً (ف)

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : فيمن آذناه (٣) فى المخطوطة ٣٩ : بجنادى أخضر . ولعله بجاد .

مستتراً بخباء أخضر فقال : ياعبد الله ، أتسترون الجدر ؟ فقال أبى — واستحيا — : غلبتنا النساء يا أبا أيوب ، فقال : من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ، ثم قال : لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج » . رواه الأثرم .

وروى عن عبدالله بن يزيد الخطمى : « أنه دعى إلى طعام فرأى [على باب] البيت مبجداً[(١)] فقعد خارجاً وبكى ، قيل له : مايبكيك ؟ قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد رقع[(٢)] بردة له بقطعة أدم فقال : تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثاً ثم قال — أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم فى حلة ويروح فى أخرى ، وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ قال عبدالله : أفلا أبكى وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ » .

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس ، وعلى بن الحسين عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن تستر الجدر » ، وروت عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمرنا فيما رزقنا أن تستر الجدر » .

إذا ثبت هذا فإن ستر الحيطان مكروه غير محرم ، وهذا مذهب الشافعى ، إذ لم يثبت فى تحريمه دليل ، وقد فعله ابن عمر و فُعِل فى زمن الصحابة رضى الله عنهم ، وإنما كره لما فيه من السرف كالزيادة فى الملبوس والمأكول[(٣)] ، وقد قيل : هو محرم للنهى عنه . والأول أولى ، فإن النهى لم يثبت ، ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه .

٥٦١٢ (فصـــــل)

وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن ؟ فقال : لاينبغى أن يكون شيئاً معلقاً فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له : فيقلع ؟ فكره أن يقلع القرآن ، وقال : إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس (به)[(٤)] ، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ منجدا. وعلى هامش ٣٩ : من البجاد . وهو الكساء .

(٢) نحو هذا الترمذى بسنده إلى على قال : بينما نحن جلوس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طلع علينا مصعب بن عمير رضى الله عنه ماعليه إلا بردة مرقعة بفرو فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم بكى للذى كان فيه من النعمة ثم قال : كيف بكم إذا غدا أحدكم فى حلة وراح فى أخرى ووضعت بين يديه صحفة ورفعت أخرى وسترتم بيوتكم كما تستر الكعبة. قالوا: يارسول الله نحن يومئذ خير منا اليوم. نكفى المؤنة ونتفرغ للعبادة فقال : بل أنتم اليوم خير منكم يومئذ : وحديث عبد الله الخطمى أخرجه الحاكم والبيهقى (ف) .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : والسوق فى المأكول ولعلها : والسرف . وفى ١٨ : وفى المأكول .

(٤) ساقطة من جميع المخطوطات التى بين أيدينا .

٥٦١٣ (فصـــــل)

قيل لأبى عبد الله : الرجل يكترى البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها ؟ قال : نعم . قال المروذى : قلت لأبى عبد الله : دخلت حماماً فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس ؟ قال : نعم . إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر ، فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ، ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة ، كالرأس ونحوه ، لأن ذلك يكفى ، قال أحمد: ولا بأس [باللعب] باللعب مالم تكن صورة لما روى عن «عائشة قالت: دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ألعب باللعب فقال: ماهذا ياعائشة ؟ ، فقلت: هذه خيل سليمان[1] فجعل يضحك » رواه مسلم بنحوه .

٥٦١٤ (فصـــــل)

والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه ، وأمر النبى صلى الله عليه وسلم به فى النكاح ، وروت عائشة : « أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان فى أيام منى تدفان[2] وتضربان ، والنبى صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه ، فانتهرهما أبو بكر ، فكشف النبى صلى الله عليه وسلم عن وجهه ، فقال : دعهما يا أبا بكر فإنها أيام عيد » متفق عليه .

٥٦١٥ (فصـــــل)

واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم ، فإذا رآه المدعو فى منزل الداعى فهو منكر يخرج من أجله ، وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوها ، قال الأثرم : سئل أحمد إذا رأى حلقه مرآة فضة ، ورأس مكحلة ، يخرج من ذلك ؟ فقال: هذا تأويل تأولته ، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك . وقال : مالا يستعمل فهو أسهل ، مثل الضبة فى السكين والقدح ، وذلك لأن رؤية المنكر كسماعة ، فكما لايجلس فى موضع يسمع فيه صوت الزمر ، لايجلس فى موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر .

٥٦١٦ (فصـــــل)

وإن علم أن عند أهل الوليمة منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام ، أو يخفونه وقت حضوره ، فله أن يحضر ويأكل . نص عليه أحمد ، وله الامتناع من الحضور فى ظاهر كلامه ، فإنه سئل عن الرجل يدعى إلى الختان أو العرس وعنده المخنثون ، فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك ؟ قال : أرجو ألا يأثم إن لم يجب ، وإن أجاب فأرجو أن لا يكون آثماً . فأسقط الوجوب لإسقاط الداعى حرمة نفسه باتخاذ المنكر ، ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه . وقال أحمد : إنما تجب الإجابة إذا كان المكسب طيباً ، ولم ير منكراً . فعلى قوله هذا : لا تجب ،

---

(٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : هذا خيول سليمان . (٣). فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : تدففان .

إجابة مَنْ طعامه مِنْ مكسب خبيث ، لأن اتخاذه منكر ، والأكل منه منكر ، فهو أولى بالامتناع [1] وإن حضر لم يسغ له الأكل منه .

٥٦١٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون، ولا على من دعى إليها أن يجيب ، وإنما وردت السنة فى إجابة من دعى إلى وليمة تزويج ﴾

يعنى بالمتقدمين : أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الذين يقتدى بهم . وذلك لما روى « أن عثمان بن أبى العاص دعى إلى ختان ، فأبى أن يجيب ، فقيل له ، فقال : إنا كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا ندعى إليه » . رواه الإمام أحمد بإسناده . إذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة : أنها مستحبة ، لما فيها من إطعام الطعام ، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة . وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، وأصحابه . وقال العنبرى : تجب إجابة كل دعوة ، لعموم الأمر به . فإن ابن عمر روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دعا أحدُكم أخَاهُ فليجبْهُ ، عُرْسًا كانَ أوْ غيرَ عُرس » . أخرجه أبو داود .

ولنا : أن الصحيح من السنة إنما ورد فى إجابة الداعى إلى الوليمة ، وهى : الطعام فى العرس خاصة ، كذلك قال الخليل ، وثعلب ، وغيرهما من أهل اللغة . وقد صرح بذلك فى بعض روايات ابن عمر ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : «إذا دعى أحدكم إلى الوليمة عرس فليجب» رواه ابن ماجه . وقال عثمان بن أبى العاص : « كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا ندعى إليه » ، ولأن التزويج يستحب إعلانه ، وكثرة الجمع فيه ، والتصويت ، والضرب بالدف ، بخلاف غيره .

فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمول على الاستحباب ، بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها . وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ، ولأن فيه جبر قلب الداعى ، وتطييب قلبه ، وقد دعى أحمد إلى ختان فأجاب وأكل . فأما الدعوة فى حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها ، لعدم ورود الشرع بها ، ولكن هى بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث . فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه ، وإطعام إخوانه ، وبذل طعامه ، فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى .

---

(١) هذا من حيث الورع ، لا من حيث الحلال والحرام ، فقد امتنع الإمام أحمد عن عطايا السلطان ، وهى ليست محرمة . وامتنع المحاسبى عن أخذ ميراثه من أبيه مع عدم حرمته ولكن على سبيل الورع . انظر تفاصيل هذا الموضوع فى باب (مذاهب السلف فى المطاعم والملابس) من كتاب [المكاسب للحارث بن أسد المحاسبى] .

٥٦١٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والنثار مكروه ، لأنه شبه النهبة . وقد يأخذه مَنْ غيرُه أحبُّ إلى صاحبه النثار منه ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى النثار والتقاطه . فروى أن ذلك مكروه فى العرس وغيره ، وروى ذلك عن أبى مسعود البدرى ، وعكرمة ، وابن سيرين ، وعطاء ، وعبدالله بن يزيد[١] الخطمى ، وطلحة ، وزبيد اليامى. وبه قال مالك ، والشافعى . وروى عن أحمد رواية ثانية : ليس بمكروه ، اختارها أبو بكر . وهو قول الحسن، وقتادة ، والنخعى ، وأبى حنيفة ، وأبى عبيد ، وابن المنذر . لما روى عبدالله بن قرط قال : «قُرِّب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسُ بدنات أو ستٌ ، فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال كلمة لم أسمعها ، فسألت من قرب منه فقال : قال : من شاء اقتطع » رواه أبو داود[٢] . وهذا جار مجرى النثار ، وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم دعى إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه . قال الراوى : ونظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يزاحم الناس أو نحو[٣] ذلك . قلت : يا رسول الله أوَ مانهيتنا عن النهبة ؟ قال : نهيتكم عن نهبة[٤] العساكر » (ولأنه نوع إباحة . فأشبه إباحة الطعام للضيفان[٥]) .

ولنا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لا تحلُّ النُّهبى والمُثْلة »رواه البخارى وفى لفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن النُّهْبَى والمثلة[٦] » ولأن فيه نهباً وتزاحماً وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار ، لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ، ويحرمه من يحب صاحبه ، لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب هذا . فإن أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شىء من الطعام أو غيره ، ولأن فى هذا دناءة ، والله يحب معالى الأمور ويكره سفسافها ، فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنه لا نهبة فى ذلك ، لكثرة اللحم وقلة الآخذين ، أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها .

---

(١) فى الطبعة الثالثة (عبد الله بن زيد الخطمى) والصواب عبد الله بن (يزيد) بن زيد الخطمى كما فى الخلاصة ص ٢١٩ (ف)

(٢) لفظ المغنى قريب من نص أبى داود جـ ١ ص٤٠٩ (ف)

(٣) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ ويخفوا ذلك . ولعله تحريف .

(٤) قال الحافظ فى التلخيص : رواه البيهقى عن معاذ بن جبل وفى إسناده ضعف وانقطاع (ف)

(٥) ما بين الحاصرتين ساقط من ٣٩ ، ١٨

(٦) أخرجه أحمد والبخارى عن عبدالله بن زيد. وأضاف ابن الجوزى حديث الترمذى عن أنس : «من انتهب فليس منا » قال : صحيح . انظر (التحقيق لابن الجوزى مخطوط رقم ٢٣٩٤٨ ب دار الكتب المصرية)

وفى الجملة : فالخلاف إنما هو فى كراهية ذلك . وأما إباحته فلا خلاف فيها ، ولا فى الالتقاط ، لأنه نوع إباحة لماله . فأشبه سائر الإباحات .

٥٦١٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فإن قسم[1] على الحاضرين فلا بأس بأخذه ﴾

كذا روى عن أبى عبدالله رحمه الله : أن بعض أولاده حذق[2] فقسم على الصبيان الجوز . اما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف [فى] أن ذلك حسن غير مكروه . وقد روى عن أبى هريرة قال : « قسم النبى صلى الله عليه وسلم يوماً بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان سبع تمرات ، فأعطانى سبع تمرات إحداهن حشفة ، لم تكن تمرة أعجب إلى منها ، شدت إلى ماضغى[3] » . رواه البخارى . وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم فى أخذه على وجه لا يقع تناهب ، فلا يكره أيضاً .

قال المروذى : سألت أبا عبدالله عن الجوز ينثر ؟ فكرهه ، وقال : يعطون ، يقسم عليهم[4]. وقال محمد بن على بن بحر : سمعت حُسْنَ أم ولد أحمد بن حنبل تقول : لما حذق ابنى حَسَن قال لى مولاى : حُسن ، لا تنثروا عليه ، فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله إلى المعلم . قالت : وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال : أحسنت أحسنت ، وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز ، لكل واحد خمسة خمسة .

٥٦٢٠ (فصـــل)

ومن حصل فى حجره شىء من النثار فهو له غير مكروه ، لأنه مباح حصل فى حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت فى حجره ، وليس لأحد أن يأخذه من حجره[5] لما ذكرناه .

٥٦٢١ (فصـــل)

ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس . وقد كان السلف يتماهدون[6] فى الغزو والحج . ويفارق النثار ، فإنه يؤخذ بنهب ، وتسالب وتجاذب ، بخلاف هذا .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : وإن قسم .
(٢) حذق : أى أنه ختم القرآن ومهر فيه (ف).
(٣) فى المخطوطة ٣٩ : شدت فى ماضغى .
(٤) فى المخطوطة : يقسم بينهم .
(٥) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : أن يأخذ من حجره .
(٦) فى المخطوطة ٣٩ : يتناهدون فى الغزو .

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء . قال المروذى : رأيت أبا عبدالله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه ، وإذا رفع » رواه ابن ماجه[1] .

وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن بن على أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «الوضوء قبل الطعام ينفى الفقر ، وبعده ينفى اللمم » يعنى به غسيل اليدين[2] ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « من نام وفى يده ريح غمر[3] وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه » رواه أبو داود . ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من الغائط ، فأُتى بطعام ، فقال رجل :يا رسول الله ألا آتيك بوضوء؟ قال : لاأريد الصلاة »[4] رواه ابن ماجه . وعن جابر قال : أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعب الجبل ، وقد قضى حاجته ، وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة ، فدعوناه فأكل معنا ، وما مس ماء » . رواه أبو داود . وروى عنه : أنه كان يحتز من كتف شاة فى يده فدعى إلى الصلاة فألقاها من يده ، ثم قام فصلى ولم يتوضأ » . رواه البخارى . ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين ، لهذا الحديث . وقال مهنا : سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم . وانهشوه نهشاً . فإنه أهنأ وأمرأ » قال : ليس بصحيح[5] واحتج بهذا الحديث الذى ذكرناه .

٥٦٢٢ (فصـــل)

وتستحب التسمية عند الأكل ، وأن يأكل بيمينه مما يليه . لما روى عمر بن أبى سلمة[6] قال : « كنت يتيما فى حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكانت يدى تطيش فى الصحفة ، فقال لى النبي صلى الله عليه وسلم : « يا غلام ، سم الله ، وكل بيمينك ، وكل مما يليك » ، متفق عليه[7] . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه ، فإن الشيطان يأكل بشماله ، ويشرب بشماله » رواه مسلم[8] .وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم[9] قال :« إذا أكل

---

(١) السنن ٢/١٠٨٥حلبي.وفى إسناده كثيروجبارة وهماضعيفان. (٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : غسل اليدين

(٣) أى ريح اللحم. (٤) السنن ٢/١٠٨٥ حلبي وفى الزوائد : فى إسناده مقال

(٥) هو من رواية أبى معشر . قال أبو داود : ليس بالقوى . وقال البيهقى : ورد ما يعارضه . انظر [تنزيه الشريعة ٢ /٢٤٨]

(٦) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : عمرو بن أبى سلمة . وهو خطأ .

(٧) ورواه ابن ماجه كذلك . (٨) مابين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٣٩

(٩) وفى ابن ماجه : ويأخذ بشماله ويعطى بشماله .

أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسى أن يذكر اسم الله فى أوله فليقل : « بسم الله أوله وآخره » . « وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً ورجل يأكل ، فلم يسم حتى يبق من طعامه إلا لقمة ، فلما رفعها إلى فيه قال « بسم الله أوله وآخره » ، فضحك النبى صلى الله عليه وسلم وقال : « مازال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما فى بطنه » . رواهن أبو داود . وعن عكراش بن ذؤيب قال : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم بجفنة كثيرة الثريد والودك ، فأقبلنا نأكل فخبطت يدى فى نواحيها ، فقال : يا عكراش ، كل من موضع واحد ، فإنه طعام واحد ، ثم أتينا بطبق فيه ألوان [من] الرطب ، فجالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الطبق وقال : « يا عكراش ، كل من حيث شئت ، فإنه غير لون واحد » رواه ابن ماجه . ولا يأكل من ذروة الثريد ، لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى الصفحة ولكن ليأكل من أسفلها ، فإن البركة تنزل من أعلاها » ، وفى الحديث : « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها » ، رواهما ابن ماجه .

٥٦٢٣ (فصـــل)

ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ، ولا يمسح يده حتى يلعقها ؛ قال مثنى : سألت أبا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها ؟ فذهب إلى ثلاث أصابع ، فذكرت له الحديث الذى يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه كان يأكل بكفه كلها » ، فلم يصححه ، ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وقد روى كعب بن مالك قال : « كان رسول الله يأكل بثلاث أصابع ، ولا يمسح يده حتى يلعقها » . رواه الخلال بإسناده ويكره الأكل متكئاً لما روى أبو جحيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، « لا آكل متكئاً[١] » رواه البخارى[٢] : ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها ، كما روينا ، ولما روى عن ابن عباس ، عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يُلعِقها » . رواه أبو داود . وعن نُبيشة قالت[٣] : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أكل فى قصعة فلحسها استغفرت له القصعة »[٤] ، رواه الترمذى . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها » . رواه ابن ماجه .

---

(١) المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : « لا آكل وأنا نائم » (٢) وابن ماجه ١٠٨٦/٢

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : وعن شيبة قال :

(٤) من حديث أنس من طريق سمعان بن مهدى . ذكره ابن عراق فى الموضوعات . انظر (تنزيه الشريعة ٢٦٧/٢) وسمعان بن مهدى عن أنس لا يكاد يعرف ألصقت به نسخة مكذوبة . قال ابن حجر : وهى أكثر من ثلاثمائة حديث أكثر متونها موضوعة (المصدر السابق ٦٥/١) .

٥٦٢٤ (فصـــل)

ويحمد الله إذا فرغ ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة ، فيحمده عليها » . رواه مسلم وعن أبي سعيد قال : « كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاماً قال: «الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » ، رواه أبو داود ، وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول إذا رفع طعامه : « الحمد لله كثيراً مباركا فيه غيرَ مُكْفِيٍّ[1] ولا مُوَدَّع ، ولا مُسْتَغْنًى عنه ربَّنا » وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أكل طعاماً فقال : الحمد لله الذي أطعمني هـذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » . رواهن ابن ماجه . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل طعاماً هو وأبو بكر وعمر ثم قال : « من قال في أوله : بسم الله وبركة الله ، وفي آخره : الحمد لله الذي أطعم وأروى ، وأنعم وأفضل ، فقد أدى شكره » .

ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال : « صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فلما فرغ قال : أثيبوا صاحبكم[2] قالوا : يا رسول الله وما إثابته؟ قال : إن الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له ، فذلك إثابته » وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : «أفطر عندك الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة » رواهما أبو داود .

٥٦٢٥ (فصـــل)

ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل القثاء بالرطب ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة « ماعاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط إذا اشتهى شيئاً أكله ، وإن لم يشتهه تركه» . متفق عليهما. وإذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره له الأكل، لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم . ولا يجوز أن يتحين وقت

---

(١) مكفى : بفتح الميم وسكون الكاف وكسر الفاء وتشديد الياء اسم مفعول لأن الله هو الكافي لغيره وليس بمكفي من غيره ، لأنه مستغن عما سواه ،ومودع بالدال المشددة المفتوحة أي حال كون الحمد غير متروك، أو حال كون الله غير متروك الطلب منه ويجوز كسر الدال أي حال كون القائل غير تارك الحمد أو الطلب من الله وربنا منصوب على المدح ، ويجوز رفعه خبر المحذوف ، وجره على البدلية والحديث رواه البخاري (ف)

(٢) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٣٣٠ (أثيبوا أخاكم) (ف) .

أكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى : « يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَدْخُلُوا بيُوتَ النَّبِيِّ إلاَّ أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إلىَ طَعَامٍ غَيْرَ نَاظِرِينَ إناه »[1]. أى غير منتظرين بلوغ نضجه ، وعن أنس قال : « ما أكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا فى سُكُرُّجة[2] ، قال[3] فعلام كنتم تأكلون ؟ قال: على السُّفَرَ » . وقال ابن عباس : لم « يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ فى طعام ولا شراب ولا يتنفس فى الإناء » . وفى المتفق عليه من حديث أبى قتادة « ولا يتنفس أحدكم فى الإناء » ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وُضِعَت المائدةُ فلا يقوم رجل حتى تُرْفع المائدة ، ولا يَرْفَعُ يده وإن شبع حتى يَفْرُغَ القوم ، ولْيُعْذِرْ فإن الرجل يُخْجِلُ جليسه فيقبض يده ، وعسى أن يكون له فى الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجه .

٥٦٢٦ (فصـــل)

قال محمد بن يحيى : قلت لأبى عبد الله : الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ . قال : لا بأس ، وقيل لأبى عبد الله : ماتقول فى غسل اليد بالنخالة ؟ فقال : لا بأس به ، نحن نفعله ، واستدل الخطابى على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة . والملح طعام ففى معناه ماأشبهه والله أعلم .

(١) سورة الأحزاب آية ٥٣

(٢) سكرجه كلة فارسية يجوز فيها ضم السين والراء مع سكون الكاف ، ويجوز ضم السين والكاف وتشديد الراء مع ضمها : وهى إناء صغير يوضع فيه قليل من الأدم ومثل الكوامخ والمخللات التى تستعمل لتشهى الطعام (ف)

(٣) كلام المغنى غير دقيق وننقل النص من البخارى ج ٧ ص ٩١ (. . . قال علي هو الإسكاف عن قتادة عن أنس رضى الله عنه قال : ما علمت النبى صلى الله عليه وسلم أكل على سكرجة قط ولا خبز له مرقق قط ولا أكل على خوان. قيل لقتادة: فعلام كانوا يأكلون ؟ قال . على السفر » ومنه يعلم المقول له والقائل (ف)

كتاب عشرة النساء والخلع

قال تعالى : « وعاشِرُوهُنَّ بالمَعْرُوف[١] » وقال تعالى : « ولهنَّ مثلُ الّذِى عَلَيهِنَّ بالمَعْرُوف[٢] » وقال أبو زيد : يتقون الله فيهن ، كما عليهن أن يتقين الله فيهم ، وقال ابن عباس : إنى لأحب أن أتزين للمرأة ، كما أحب أن تتزين لى ، لأن الله تعالى يقول : « ولهنَّ مثلُ الذى عليهنَّ بالمعرُوف » . وقال الضحاك فى تفسيرها : إذا أطعن الله ، وأطعن أزواجهن . فعليه أن يحسن صحبتها ، ويكف عنها أذاه ، وينفق عليها من سعته . وقال بعض أهل العلم : التماثل ههنا فى تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف ، ولايمطله به ، ولايظهر الكراهة ، بل ببشر وطلاقة ، ولايتبعه أذى ولامنة ، لقول الله تعالى : «وعاشروهنَّ بالمعروف » وهذا من المعروف .

ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه ، والرفق به ، واحتمال أذاه ، لقول الله تعالى : « وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَبِذِى الْقُرْبَى » إلى قوله : « والصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ »[٣] قيل: هو كل واحد من الزوجين . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله » . رواه مسلم . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن المرأة خلقت من ضِلَع أعوج ، لن تستقيم على طريقة ، فإن ذهبت تقيمها كسرتها ، وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عِوَج » متفق عليه . وقال : « خياركم خياركم لنسائهم » رواه ابن ماجه .

وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه ، لقول الله تعالى : « وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ »[٤] وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن ، لما جعل الله لهم عليهن من الحق » . رواه أبوداود . وقال : « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» . متفق عليه. وقال لامرأة : «أذات زوج أنت؟ » قالت:نعم قال : « فإنه جنتك ونارك[٥]» وقال : « لايحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ، ولاتأذن فى بيته إلا بإذنه ، وما أنفقت من نفقة من غير إذنه فإنه يرد إليه شطره » . رواه البخارى .

٥٦٢٧ (فصـــــل)

إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ ، فطلب تسليمها إليه وجب ذلك ، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ،

(١) سورة النساء آية ١٩
(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨
(٣) سورة النساء آية ٣٦ .
(٤) سورة البقرة آية ٢٢٨
(٥) أخرجه أحمد جـ ٤ ص ٣٤١ عن حصين بن محصن الأنصارى (ف)

ووجبت نفقتها ، وإن طلبها فسألت الإنظار أُنظِرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها ، كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم[١] : « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشَّعِثَة ، وتستحِدّ المغيبة » . فمنع من الطروق ، وأمر بإمهالها لتصلح أمرها ، مع تقدم صحبته لها ، فههنا أولى ، ثم إن كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً ، وله السفر بها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ، إلا أن يكون سفراً مخوفاً فلا يلزمها ذلك . وإن كانت أمة لم يلزم تسليمها إلا بالليل، لأنها مملوكة عُقِد على إحدى[٢] منفعتها ، فلم يلزم تسليمها في غير وقتها ، كما لو أجَّرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل . ويجوز للمولى بيعها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ، ولا ينفسخ (النكاح)[٣] بذلك بدليل أن بَيْع بريرة لم يبطل نكاحها .

٥٦٢٨ (فصـــــل)

وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس ، مسلمة كانت أو ذمية ، حرة كانت أو مملوكة ، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له ، فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه . وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه ، لأنه لحقه ، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة ، لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها إلا بالغسل .

فأما الذمية ففيها روايتان . إحداهما : له إجبارها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف [عليه] ، فإن النفس تعاف من لا تغتسل من جنابة . والثانية : ليس له إجبارها عليه ، وهو قول مالك ، والثوري ، لأن الوطء لا يقف عليه ، فإنه مباح بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتين . وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان ، بناء على الروايتين في غسل الجنابة . وتستوي في هذه المسلمة والذمية ، لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها . وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة ، ذكره القاضي . وكذلك الأظفار ، وإن طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان . وهل له منعها من أكل ما له رائحة كريهة كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين .

أحدهما : له منعها من ذلك ، لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع .

---

(١) في صحيح البخاري ج ٧ ص ٥٠ عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :إذا أطال أحدكم الغيبة فلا يطرق أهله ليلا » وفيه أيضا « إذا دخلت ليلا فلا تدخل على أهلك حتى تستحد المغيبة وتمتشط الشعثة » والمغيبة بضم الميم وكسر الغين التي غاب عنها زوجها ، ومقصود الحديث أن تتزين وتهيء نفسها وشعرها لتقع منه موقعاً حسناً (ف).

(٢) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ على أحد منفعتيها (٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩

والثانى : ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر . وإن كانت ذمية ، لأنه يمنع الاستمتاع بها ، فإنه يزيل عقلهـا ويجعلها ، كالزِّق المنفوخ[1] ، ولا يأمن أن تجنى عليه ، وإن أرادت شرب مالا يسكرها فله منع المسلمة ، لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانت ذمية لم يكن له منعها منه ، نص عليه أحمد ، لأنها تعتقد إباحته فى دينها ، وله إجبارها على غسل فمها منـــه ، ومن سائر النجاسات ، ليتمكن من الاستمتاع بفيها ، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الـكريهة ، وهو كالثوم . وهكذا الحـكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ ، هل له منعها منه ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعى على نحو من هذا الفصل كله .

٥٦٢٩ (فصـــــل)

وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد ، سواء أرادت زيارة والديها ، أو عيادتهما ، أو حضور جنازة أحدهما . قال أحمد فى امرأة لها زوج . وأم مريضة : طاعة زوجها أوجب عليها من أمها ، إلا أن يأذن لها ، وقد روى ابن بطة فى أحكام النساء عن أنس ، أن رجلا سافر ومنع زوجتـه من الخروج ، فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اتقى الله ولا تخالفى زوجك » . فمات أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسـلم فى حضور جنازته ، فقال لها : « اتقى الله ولا تخالفى زوجك » فأوحى الله إلى النبى صلى الله عليه وسلم : « إنى قد غفـرت لها بطاعة زوجها » . ولأن طاعة الزوج واجبة ، والعيادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب .

ولا يجوز لها الخروج[2] إلا بإذنه ، ولـكن لا ينبغى للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما ، لأن فى ذلك قطيعة لهما ، وحملا لزوجته على مخالفته . وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف ، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف . وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الـكنيسة ، لأن ذلك ليس بطاعة ، ولا نفع ، وإن كانت مسلمة فقال القاضى : له منعها من الخروج إلى المساجد ، وهو مذهب الشافعى ، وظاهر الحديث يمنعه من منعها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم[3] : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » . وروى أن الزبير تزوج عاتـكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل ، وكانت[4] تخرج إلى المساجد ، وكان غيـوراً ، فيقول لها : لو صليت فى بيتك ؟ فتقـول : لا أزال أخرج أو تمنعنى ، فـكره منعها لهـذا الخبر . وقال أحمد فى الرجل تـكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشترى لها زناراً ؟ قال : لا ، بل تخرج هى تشترى لنفسها ، فقيـل له : جاريته تعمل الزنانير ؟ قال : لا .

٥٦٣٠ (فصـــــل)

وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه . نص عليه أحمـــد . وقال

(١) أى القربة المنفوخة .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ فلا يجوز لها الخروج .

(٣) أخرجه مسلم وأحمد عن ابن عمر (ف)

(٤) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ . فـكانت تخرج .

أبو بكر ، بن أبى شيبة ، وأبو إسحاق : الجوزجانى : عليهـا ذلك ، واحتج بقصة على وفاطمة : فإن النبى صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت ، وعلى علىّ ما كان خارجا من البيت من عمل ، رواه الجوزجانى من طرق . قال الجوزجانى : وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لو كنت آمراً أحـداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها . ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر ، أو من جبل أحمر إلى جبل أسود ، كان عليها أن تفعل » رواه بإسناده . قال : فهـذه طاعته فيما لا منفعة فيه ، وكيف بمؤنة معاشه ؟ وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال : « ياعائشة اسقينا . ياعائشة ، أطعمينا ، يا عائشة هلمى الشفرة واشحذيها بحجر[1] » وقد روى أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما تلقى من الرحى ، وسألته خادما يكفيها ذلك .

ولنا : أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع . فلا يلزمه غيره كسقى دوابه ، وحصاد زرعه . فأما قسم النبى صلى الله عليه وسلم بين على وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية ، وتجرى العادة ، لا على سبيل الإيجاب ، كما روى عن أسماء بنت أبى بكر ، أنها كانت تقوم بفرس الزبير ، وتلتقط له النوى ، وتحمله على رأسها ، ولم يكن ذلك واجباً عليها ، ولهذا لا يجب على الزوج القيـام بمصالح خارج البيت ، ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة . ولكن الأولى لهـا فعل ما جرت العادة بقيامها به ، لأنه العادة ، ولا تصلح الحال إلا به ، ولا تنتظم المعيشة بدونه .

٥٦٣١ (فصــــل)

ولا يحل وطء الزوجة فى الدبر فى قول أكثر أهل العـلم ، منهم : على ، وعبد الله ، وأبو الدرداء ، وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو ، وأبو هريرة . وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشافعى ، وأصحاب الرأى وابن المنذر ، ورويت إباحته عن ابن عمر ، وزيد بن أسلم ، ونافع ، ومالك . وروى عن مالك أنه قال : ما أدركت أحداً أقتدى به فى دينى يشك فى أنه حلال[2] ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . وأحديها.

(٢) لا ندرى كيف نسب هذا القول للإمام مالك رضى الله عنه . وأشنع منه نسبته إلى الصحابة رضوان الله عليهم . ولم نعثر على هـذا الرأى إلا فى بعض مكتوبات المتأخرين . فقد نقله ابن الجوزى فى كتابه المخطوط [التحقيق فى أحاديث الخلاف]. وقال ابن جزى رحمه الله عند كلامه عن هذا الموضوع : « إنه حرام . ولقد افترى من نسبه إلى مالك ». انظر (القوانين الفقهية ص ١٤٣ مخطوط رقم ٨ ش فقه مالك بدار الكتب المصرية). ولو كان مرويا عن ابن عمر لتبعه الإمام أحمد ، كما تبعه فى تحقق توبة الزانية بمراودتها على الزنا . وقال القفال الشاشى فى حلية العلماء: إن من روى عن مالك ذلك القول هم أهل الغرب قالوا. إنه ذكره فى كتاب السيرة قال : وحكاه فى الحاوى عن أبى مليكة [١/٦٢٤] ولم نعثر عليه فى الكتب المتقدمة للمالكية (ف) .

وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك . واحتج من أجله بقول الله تعالى : « نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ »[١]: وقوله سبحانه :« والَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُون * إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهِمْ »[٢]

ولنا . ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله لا يستحيي من الحق ، لا تأتوا النساء من أعجازهن »[٣] وعن أبى هريرة ، وابن عباس ، عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة فى دبرها » رواهما ابن ماجه . وعن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « محاش النساء حرام عليكم » وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى حائضاً أو امرأة فى دبرها ، أو كاهناً فصدقه بما يقول ، فقد كفر بما أنزل على محمد » . رواهن كلهن الأثرم . فأما الآية فروى جابر قال: « كان اليهود يقولون : إذا جامع الرجل امرأته فى فرجها من ورائها جاء الولد أحول ، فأنزل الله « نِسَاؤُكُم حَرْثٌ لكم فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُم» من بين يديها ، ومن خلفها ، غير أنه لا يأتيها إلا فى المأتى» متفق عليه ، وفى رواية « ائتها مقبلة ومدبرة ، إذا كان ذلك فى الفرج » والآية الأخرى المراد بها ذلك .

٥٦٣٢ (فصـــل)

فإن وطىء زوجته فى دبرها فلا حد عليه ، لأن له فى ذلك شــبهة ، ويعزر[٤] لفعله المحرم ، وعليها الغسل[٥] ، لأنه إيلاج فرج فى فرج ، وحكمه حكم الوطء فى القبل فى إفساد العبادات ، وتقرير المهر ، ووجوب العدة . وإن كان الوطء لأجنبية وجب حدُّ اللوطى[٦] ، ولا مهر عليه ، لأنه لم يفوت منفعة لها عوض فى الشرع . ولا يحصل بوطء زوجته فى الدبر إحصان ، إنما يحصل بالوطء الكامل ، وليس هذا بوطء كامل ولا إحلال للزوج الأول ، لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل ، ولا تحصل به الفيئة ، ولا الخروج من العنة[٧] ، لأن الوطء فيهما لحق المرأة ، وحقها الوطء فى القبل ، ولا يزول به الاكتفاء بصماتها فى الإذن بالنكاح ، لأن بكارة الأصل باقية .

٥٦٣٣ (فصـــل)

ولا بأس بالتلذذ بها بين الأليتين من غير إيلاج ، لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر ، فهو مخصوص بذلك ، ولأنه حرم لأجل الأذى ، وذلك مخصوص بالدبر[٨] فاختص التحريم به .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ (٢) سورة المؤمنون آية ٥، ٦ (٣) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ فى أعجازهن
(٤) فى المطبوعة . ويعذر. وما فى المخطوطات أولى (٥) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ وعليهما الغسل
(٦) فى المخطوطة ٣٩ . حد الوطء (٧) خلافاً للشيعة الإمامية . انظر المختصر النافع
(٨) على هامش المخطوطة ٣٩ . لعله مخصوص بالقبل . وهو خطأ

٥٦٣٤ (فصـــل)

والعزل مكروه ، ومعناه : أن ينزع إذا قرب الإنزال ، فينزل خارجا من الفرج ، رويت كراهته عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق أيضاً ، لأن فيه تقليل النســل ، وقطع اللذة عن الموطوءة ، وقد حث النبى صلى الله عليه وسلم على تعاطى أسباب الولد ، فقال : « تنا كحوا تناسلوا تـكثروا[1] » . وقال : « سوداء ولود خير من حسناء عقيم[2] » . إلا أن يكون لحاجة ، مثل أن يكون فى دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء ، فيطأ ويعزل . ذكر الخرقى هذه الصورة ، أو تـكون زوجته أمة ، فيخشى الرق على ولده ، أو تـكون له أمة فيحتاج إلى وطئها ، وإلى بيعها ، وقد روى عن على رضى الله عنه . أنه كان يعزل عن إمائه. فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم . ورويت الرخصة فيه عن على ، وسعد ابن أبى وقاص ، وأبى أيوب ، وزيد بن ثابت ، وجابر ، وابن عباس ، والحسن بن على ، وخباب بن الأرت ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، وعطاء ، والنخعى ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى أبو سعيد قال : ذُكِرَ — يعنى العزلَ — عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فلم يفعل أحدكم ؟ — ولم يقل فلا يفعل — فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خلقها » . وعنه أن رجلا قال : يارسول الله ، إن لى جارية ، وأنا أعزل عنها ، وأنا أكره أن تحمـــل ، وأنا أريد ما يريد الرجال ، وإن اليهود تُحَدِّث أن العزل الموءودةُ الصغرى . قال : « كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » . رواه أبو داود .

٥٦٣٥ (فصـــل)

ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها ، نص عليه أحمد وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعى . وذلك لأنه لا حق لهـا فى الوطء ولا فى الولد ، ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ، ولا الفيئة ، فلأن لا تملك المنع من العزل أولى .

ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها . قال القاضى : ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة فى العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، لأن حقها فى الوطء . دون الإنزال ، بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة ، وللشافعية فى ذلك وجهان . والأول أولى ، لما روى عن عمر رضى الله عنه . قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها » رواه الإمام أحمد فى المسند ، وابن ماجه . ولأن لها فى الولد حقاً ، وعليها فى العزل ضرراً ، فلم يجز إلا بإذنها .

---

(١) أخرجه الديلمى فى مسند الفردوس عن ابن عمر بلفظ تنا كحوا تـكثروا (ف) .
(٢) أخرجه الطبرانى عن معاوية بن حيدة (ف) .

فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها ، وهو قول الشافعى ، استدلالا بمفهوم هـذا الحديث . وقال ابن عباس : تُسْتَأْذَن الحرة ، ولا تستأذن الأمة ، ولأن عليه ضرراً فى استرقاق ولده ، بخلاف الحرة . ويحتمل ألا يجوز إلا بإذنها ، لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء فى الفيئة ، والفسخ عند تعذره بالعنة ، وترك العزل من تمامه ، فلم يجز بغير إذنها كالحرة .

٥٦٣٦ (فصـــــل)

فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه ، لما روى أبو داود عن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : إن لى جارية وأنا أطوف عليها ، وأنا أكره أن تحمل ، فقال : « اعزل عنها إن شئت . فإنه سيأتيها ما قدر لها » وقال أبو سعيد : كنت أعزل عن جارية لى ، فولدت أحب الناس إلى ، ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء ، فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام . وقد قيل : إن الوطء فى الفرج يحصل به الإنزال ، ولا يحس به .

٥٦٣٧ (فصل فى آداب الجماع)

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى : « وَقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ »[1] قال عطاء : هى التسمية عند الجماع . وروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو أن أحدكم حين يأتى أهله قال : بسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان ، وجنب الشيطان ما رزقتنا ، فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً » متفق عليـه ، ويكره التجرد عند المجامعة ، لما روى عتبة[2] بن عبيد[3] قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ، ولا يتجرد تجرد العيرين » رواه ابن ماجه . وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه ، وإذا أتى أهله غطى رأسه » ولا يجامع بحيث يراهما ، أحد أو يسمع حسهما ، ولا يقبلها ويباشرها عند الناس ، وقال أحمد : ما يعجبنى إلا أن يكتم هـذا كله . وقال الحسن فى الذى يجامع المرأة والأخرى تسمع ، قال : كانوا يكرهون الوجس ، وهو الصوت الخفى ، ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله ، لما روى الحسن قال : جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال والنساء ، فأقبل على الرجال فقال : « لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله ، إذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال : « لعل إحدا كن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » . قال : فقالت امرأة : إنهم ليفعلون ، وإنا لنفعل ، فقال : « لا تفعلوا ، فإنما مثل ذلـكم كمثل شيطان لقى شيطانة ، فجامعها والناس ينظرون »[4] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٣ . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : عبد بن عبد .

(٣) فى المطبوعات (عتبة بن عبيد) والصواب (عتبة بن عبد) كما فى ابن ماجه ج ١ ص ٥٩٣ وترجمته فى الخلاصة ص ٢٥٨ (ف) (٤) أخرجه الطبرانى عن أسماء بنت يزيد كما فى مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٩٤ (ف) .

وروى أبو داود عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ، ولا يستقبل القبلة حال الجماع ، لأن عمرو بن حزم ، وعطاء ، كرها ذلك ، ويكره الإكثار من الكلام حال الجماع ، لما روى قَبِيصة بن ذؤيب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء ، فإن منه يكون الخرس والفأفأة[1] » . ولأنه يكره الكلام حالة البول ، وحال الجماع فى معناه ، وأولى بذلك منه ، ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع ، لتنهض شهوتها ، فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :«لا تواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك ، لكيلا تسبقها بالفراغ — قلت : وذلك إلىّ ؟ قال : نعم ، إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها[2] فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ماجاءك واقعتها » فإن فرغ قبلها كره له النزع حتى تفرغ ، لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إذا جامع الرجل أهله فليصدقها، ثم إذا قضى حاجته فلا يعجلها ، حتى تقضى[3] حاجتها » . ولأن فى ذلك ضرراً عليها ، ومنعاً لها من قضاء شهوتها . ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه ، فيتمسح بها ، فإن عائشة قالت: ينبغى للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة ، فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ، ثم تمسح عنها ، فيصليان فى ثوبهما ، ذلك مالم تصبه جنابة ، ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه بغسل واحد ، لما روى عن أنس[4] قال : سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه غسلا واحداً ، فى ليلة واحدة . فإن حدث الجنابة لا يمنع الوطء ، بدليل إتمام الجماع . قال أحمد : إذا أراد أن يعود فأعجب إلىّ الوضوء ، فإن لم يفعل فأرجو ألا يكون به بأس ، ولأن الوضوء يزيده نشاطاً ونظافة ، فاستحب . وإن اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل ، فإنّ أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا ، فقلت : يا رسول الله ، لو جعلته غسلا واحداً ؟ قال : « هذا أزكى وأطيب وأطهر » رواه أحمد فى المسند . وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبرى . وروى ابن بطة بإسناده عن أبى سعيد ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة» .

٦٥٣٨ (فصل)

وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه فى مسكن واحد بغير رضاهما ، صغيراً كان أو كبيراً ، لأن عليهما ضرراً ، لما بينهما من العداوة والغيرة ، واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة ، وتسمع كل واحد منهما حسه إذا

---

(١) أخرجه ابن عساكر (ف) . (٢) فى المطبوعة : وتلمزها .

(٣) أخرجه أبو يعلى وعبد الرازق فى الجامع(ف).

(٤) فى مسلم جـ١ ص ٢٤٩ عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد (ف)

أتى إلى الأخرى ، أو ترى ذلك ، فإن رضيتا بذلك جاز ، لأن الحق لهما ، فلهما المسامحة بتركه ، وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما فى لحاف واحد . وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز ، لأن فيه دناءة وسخفا ، وسقوط مروءة ، فلم يبح برضاهما . وإن أسكنهما فى دار واحدة كل واحدة فى بيت جاز ، إذا كان ذلك مسكن مثلها .

٥٦٣٩ (فصـــل)

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أتعجبون من غيرة سعد ؟ لأنا أغير منه والله أغير منى»[1] وعن على رضى الله عنه قال : « بلغنى أن نساءكم ليزاحمن العلوج فى الأسواق ، أما تغارون ؟ إنه لاخير فيمن لا يغار ». وقال محمد بن على بن الحسين: كان إبراهيم عليه السلام غيوراً ، وما من امرىء لا يغار إلا منكوس القلب .

٥٦٤٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ وعلى الرجل أن يساوى بين زوجاته فى القسم ﴾

لا نعلم بين أهـــل العلم فى وجوب التسوية بين الزوجات فى القسم خلافا ، وقد قال الله تعالى : « وعاشِرُوهُنّ بالمعرُوف »[2] ، وليس مع الميل معروف ، وقال الله تعالى : « فَلاَ تَميلُوا كُلَّ المَيْلِ فَتَذَرُوهَا كالمُعَلَّقَة»[3] وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قَسْمى فيما أملك ، فلا تلُمْنى فيما لا أملك [4]» . رواهما أبو دواد[5] .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بواحـــــدة منهن إلا بقرعة ؛ لأن البداءة بها تفضيل لها ، والتسوية واجبة ، ولأنهن متساويات فى الحق ، ولا يمكن الجمع بينهن ، فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحداهن ، فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ، ويصير فى الليلة الثانية إلى

---

(١) أخرجه البخارى عن المغيرة ج٧ ص ٢١٥ (ف) (٢) سورة النساء آية ١٩ (٣) سورة النساء آية ١٢٩

(٤) الحديثان رواهما أبو داود ج١ ص ٤٩٢ والنسائى ج٧ ص ٦٣ ، ٦٤ والترمذى ج ٥ ص ٨٠ وابن ماجه ج ١ ٤٩٢ والحاكم فى المستدرك ج ٢ ص ١٨٦ ، ١٨٧ وما لا يملكه الرسول هو ميل القلب ورجح الترمذى إرسال حديث عائشة من روية حماد بن زيد على وصله من رواية حماد بن سلمة (ف) .

(٥) حديث « من كان له امرأتان » عن أبى هريرة مرفوعا . ورجاله ثقات وصححه ابن حبان والحاكم إلا أن البخارى صوب أنه من رواية حماد عن أيوب عن أبى قلابة مرسلا .والحديث الثانى رواه أحمد والأربعة وإسحاق والبزار وابن حبان والحاكم من حديث حماد بن سلمة عن أيوب عن أبى قلابة انظر [الدراية ٢ /٦٦]. نشر عبدالله هاشم بالمدينة المنورة .

الثانية بغير قرعة ، لأن حقها متعين . وإن كن ثلاثا أقرع فى الليلة الثانية للبداية بإحدى الباقيتين ، وإن كن أربعا أقرع فى الليلة الثالثة ، ويصير فى الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة . ولو أقرع فى الليلة الأولى لجعل سهما للأولى ، وسهما للثانية ، وسهماً للثالثة ، وسهما للرابعة ، ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز ، وكان لكل واحدة ماخرج لها .

٥٦٤١ (فصـــل)

ويقسم المريض والمجبوب والعنين (والخنثى)[1] والخصى ، وبذلك قال الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لأن القسم للأنس ، وذلك حاصل ممن لا يطأ ، وقد روت عائشة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان فى مرضه جعل يدور فى نسائه ويقول : أين أنا غداً ؟ (أين أنا غداً ؟)[2] » . رواه البخارى ، فإن شق عليه ذلك استأذنهن فى الكون عند إحداهن ، كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم ، قالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى النساء فاجتمعن ، قال : « إنى لا أستطيع أن أدور بينكن ، فإن رأيتن أن تأذنَّ لى فأكون عند عائشة فعلتن ، فأذنَّ له » . رواه أبو داود . فإن لم يأذنَّ له أقام عند إحداهنّ بالقرعة ، أو اعتزلهن جميعا إن أحب ، فإن كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولى عليهن ، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه ، لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة[3] . وإن لم يعدل الولى فى القسم بينهن ، ثم أفاق المجنون ، فعليه أن يقضى للمظلومة ، لأنه حق ثبت فى ذمته ، فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كالمال .

٥٦٤٢ (فصـــل)

ويقسم المريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمحْرِمة ، والصغيرة الممكن وطؤها ، وكلهن سواء فى القسم ، وبذلك قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التى ظاهَرَ منها ، لأن القصد الإيواء والسكن والأنس ، وهو حاصل لهن . وأما المجنونة فإن كانت لا يُخاف منها فهى كالصحيحة ، وإن خاف منها فلا قسم لها ، لأنه لا يأمنها على نفسه ، ولا يحصل لها أنس ولا بها .

٥٦٤٣ (فصـــل)

ويجب قسم الابتداء . ومعناه : أنه إذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ، ما لم يكن عذر . وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع . وبه قال الثورى ، وأبو ثور .

---

(١) ساقطة من ١٨ ، ٢٠ ، ٣٩

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطات التى بين أيدينا .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فلا فائدة .

وقال القاضي في المجرد : لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مُضِرًّا ، فإن تركه غير[1] مُضِرّ لم يلزمه قسم ولا وطء ، لأن أحمد قال : إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنينا ، أي لا يؤجل .
وقال الشافعي : لا يجب قسم الابتداء بحال ، لأن القسم لحقه فلم يجب عليه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمرو بن العاص : « يا عبدالله ، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ » . قلت : بلى يا رسول الله . قال : « فلا تفعل ، صم ، وأفطر ، وقم ، ونم ، فإن لجسدك عليك حقا ، وإن لعينك عليك حقا ، وإن لزوجك عليك حقاً » . متفق عليه . فأخبر أن للمرأة عليه حقا ، وقد اشتهرت قصة كعب بن سور ، رواها عمر بن[2] شعبة[3] في كتاب قضاة البصرة[4] من وجوه إحداهن عن الشعبي ، أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب ، فجاء امرأة فقالت : ياأمير المؤمنين ، ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ، ويظل نهاره صائماً ، فاستغفر لها ، وأثنى عليها ، واستحيت المرأة ، وقامت راجعة . فقال كعب : يا أمير المؤمنين ، هلا أعْدَيْتَ المرأة على زوجها . فجاء فقال لكعب : اقض بينهما ، فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهم . قال : فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة ، هي رابعتهن ، وأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ، ولها يوم وليلة . فقال عمر : والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر ، اذهب فأنت قاض على أهل البصرة . وفي رواية فقال عمر : نِعْم القاضي أنت . وهذه قضية انتشرت فلم تُنْكَر فكانت إجماعاً ، ولأنه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة ، وامتناعه بالإيلاء . ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به ، كالزيادة في النفقة على قدر الواجب .

إذا ثبت هذا فقال أصحابنا : حق المرأة ليلة من كل أربع ، وللأمة ليلة من كل سبع ، لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ، ولها السابعة . والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان ، لتكون على النصف مما للحرة ، فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ، ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ، ولم يكن للحرة ليلتان والأمة ليلة ، ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً ، فماذا يصنع في الليلة الثامنة ؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند

---

(١) في النسخ المطبوعة مصرا ، غير مصر ، والصواب مضرا ، غير مضر بالضاد المعجمة كما في الشرح الكبير ونصه « قال القاضي في المجرد . لا يجب قسم الابتداء إلا إن كان يترك الوطء مضرا ، فإن كان تركه غيرمضر الخ » (ف)

(٢) الصواب (عمر بن شيبة) كما في نسختي المغني مع الشرح الكبير ج٨ ص١٣٦ ، ١٤٠ ولو ترجمته في وفيات الأعيان ج ٣ ص ١١٤ .

(٣) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : عمرو بن شيبة

(٤) لم نقف عليه في التراث المخطوط بمصر . والكتاب اسمه « أخبار قضاة البصرة لأبي عبيدة معمر بن المثنى البصري (كشف الظنون ٢٩٣١)

حرة فقد زادها على ما يجب لها . وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ، ولا سبيل إليه ، وعلى ما اخترنا تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحب انفرد فيها ، وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم .

وإن كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان ، وله الانفراد فى خمس ، وإن كان تحته حرتان وأمه فلهن خمس ، وله ثلاث . وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست ، وله اثنتان . وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع . وعلى قولهم لها ليلة وله ست .

٥٦٤٤ (فصــل)

والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر ، وبه قال مالك . وعلى قول القاضى : لا يجب إلا أن يتركه للإضرار . وقال الشافعى : لا يجب عليه ، لأنه حق له ، فلا يجب عليه كسائر حقوقه .

ولنا : ما تقدم فى الفصل الذى قبله ، وفى بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال : إن لها عليك حقا يا بعل ، تصيبها فى أربع لمن عدل ، فأعطها ذاك ودع عنك العلل . فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ، ولأنه حق واجب بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجباً لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر مالا يجب ، ولأن النكاح شُرِع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما ، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة ، كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل ، فيجب تعليله بذلك ، ويكون النكاح حقا لهما جميعاً ، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لماوجب استئذانها فى العزل كالأمة .

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر ، نص عليه أحمد . ووجهه : أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر فى حق المولِى ، فكذلك فى حق غيره ، لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه ، فيدل على أنه واجب بدونها ، فإن أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة ، فقد روى ابن منصور عن أحمد فى رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ، يقول : غداً أدخل بها ، غداً أدخل بها ، إلى شهر ، هل يجبر على الدخول ؟ فقال : أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها ، وإلا فرق بينهما ، فجعله أحمد كالمُولِى

وقال أبو بكر بن جعفر : لم يرو مسألة ابن منصور غيره ، وفيها نظر ، وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ، ولا خلاف فى اعتباره .

٥٦٤٥ (فصــــل)

وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره ، ولذلك لا يصح

نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر ، فإنه قيل له : كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال : ستة أشهر ، يُكْتَبُ إليه ، فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما . وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث عمر ، رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم ، قال : بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة فى بيتها وهى تقول :

تطاول هـــذا الليلُ واسودّ جانبه — وطال على أن لا خليـــل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحـــده — لحرِّكَ من هـــذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب فى سبيل الله ، فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقفله[1] ، ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلى عن هذا ؟ فقال : لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر ، فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر،يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهرا راجعين . وسئل أحمد، كم للرجل أن يغيب عن أهله؟قال: يروى ستةَ أشهر،وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لابد له، فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر، فقال بعض أصحابنا: يراسله الحاكم،فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه، ومن قال: لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى ، وفى جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم ، لأنه مختلف فيه .

٥٦٤٦ (فصـــــل)

وسئل أحمد : يؤجر الرجل أن يأتى أهله وليس له شهوة ؟ فقال . إى والله ، يحتسب الولد ، وإن لم يرد الولد يقول : هذه امرأة شابة ، لِمَ لا يؤجر ؟ وهذا صحيح ، فإن أبا ذَرّ روى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، « مُبَاضَعَتُكَ أهلك صدقة . قلت : يارسول الله ، أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال : أرأيت لو وضعه فى غير حقه كان عليه وزر[2] ؟ قال : قلت : بلى ، قال : أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير[3] » . ولأنه وسيـــلة إلى الولد ، وإعفاف نفسه وامرأته ، وغض بصره ، وسكون نفسه ، أو إلى بعض ذلك .

٥٦٤٧ (فصـــــل)

وليس عليه التسوية بين نسائه فى النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن . قال أحمد فى الرجل له امرأتان : له أن يفضل إحداهما على الأخرى فى النفقة ، والشهوات ، والسكنى إذا كانت الأخرى

(١) أى أعاده قافلا إلى المدينة . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : ما كان عليه وزر ؟
(٣) أخرجه مسلم عن أبى ذر بمعناه (ف) .

فى كفاية . ويشترى لهذه أرفع من ثوب هذه ، وتكون تلك فى كفاية ، وهذا لأن التسوية فى هذا كله تشق ، فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بحرج ، فسقط وجوبه كالتسوية فى الوطء .

٥٦٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وعماد القسم الليل ﴾

لا خلاف فى هذا ، وذلك لأن الليل للسكن والإيواء[١] ، يأوى فيه الإنسان إلى منزله ، ويسكن إلى أهله ، وينام فى فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش ، والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله تعالى : «وجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا »[٢] وقال تعالى : «وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا * وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا »[٣] وقال : « وَمِنْ رَحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ »[٤] فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ، ويكون فى النهار فى معاشه ، وقضاء حقوق الناس ، وما شاء مما يباح له ، إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس ، ومن أشبههم ، فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ، ويكون الليل فى حقه كالنهار فى حق غيره .

٥٦٤٩ (فصل)

والنهار يدخل فى القسم تبعاً لليل بدليل ما روى أن سودة وهبت يومها لعائشة . متفق عليه . وقالت عائشة : « قُبِضَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى ، وفى يومى » . وإنما قبض النبى صلى الله عليه وسلم نهارا ، ويتبع اليوم الليلة الماضية ، ولأن النهار تابع لليل ، ولهذا يكون أول الشهر الليل ، ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذى قبله ، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه ، فيبدأ بالليل وإن أحب أن يجعل النهار مضافا إلى الليل الذي يتعقبه جاز ، لأن ذلك لا يتفاوت .

٥٦٥٠ (فصل)

فإن خرج من عند بعض نسائه فى زمانها ، فإن كان ذلك فى النهار أو أول الليل ، أو آخره الذى جرت العادة بالانتشار فيه ، والخروج إلى الصلاة جاز ، فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ، ولصلاة الفجر قبل طلوعه . وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج فى غير ذلك ولم يلبث أن عاد ، لم يقض لها ، لأنه لا فائدة فى قضاء ذلك ، وإن أقام قضاه لها ، سواء كانت إقامته لعذر[٥] من شغل أو حبس ، أو لغير عذر لأن حقها قد فات بغيبته عنها ، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه[٦]

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : والأوى (٢) سورة الأنعام آية ٩٦ (٣) سورة النبأ آية ١٠ ، ١١
(٤) سورة القصص آية ٧٣ (٥) فى المخطوطة ٣٦ : لتعذر . ولعله تحريف .
(٦) هكذا فى جميع الأصول المخطوطة التى بين أيدينا . ولعل المراد : إن أراد أن يغيب عن الأخرى كما غاب عن هذه ، حتى لا يقضى لها ، ويكون بذلك قد سوى بينهما فعل .

جاز ، لأن التسوية تحصل بذلك، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منهما ، فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضي لها في مثـــل ذلك الوقت ، لأنه أبلغ في المماثلة ، والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق .

وإن قضاه في غيره من الليل مثل : أن فاتها في أول الليل[1] ، فقضاه في آخره ، أو من آخره فقضاه في أوله ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز . لأنه قد قضى قدر مافاته من الليل ، والآخر لا يجوز لعدم المماثلة إذا ثبت هذا ، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى ، لئـلا يفوت حق الأخرى ، فتحتاج إلى قضاء ، ولـكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها ، وإما أن يقسم ليلة بينهن ، ويفضل هذه بقدر مافات من حقها ، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل مافات من ليلة هذه ، وإما أن يقسم المتروك بينهما ، مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين ، فيقضي لها من ليلة الأخرى ساعة واحـدة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة .

٥٦٥١ (فصـــــل)

وأما الدخول على ضرتها في زمنها ، فإن كان ليلا لم يجز إلا لضرورة ، مثل أن يكون منزولا[2] بها فيريد أن يحضرها ، أو توصي إليه ، أو ما لابد منه ، فإن فعـل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض ، وإن أقام وبرئت المرأة المريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها، وإن دخل لحاجة غير ضرورية[3] أثم ، والحـكم في القضاء كما لو دخل لضرورة ، لأنه لا فائدة في قضاء اليسير ، وإن دخل عليها فجامعها في زمن يسير ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قضاؤه ، لأن الوطء لا يستحق في القسم ، والزمن اليسير لا يقضى .

والثاني : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة ، فيجامعها ليعدل بينهما ، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبه الـكثير ، وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها ، فيجوز للحاجة من دفع النفقة ، أو عيادة ، وسؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته ، أو زيارتها لبعد عهده بها ، ونحو ذلك لما روت عائشة قالت « كان[4] رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري ، فينال مني كل شيء إلا الجماع » ، وإذا دخل إليها لم يجامعها ، ولم يطل عندها ، لأن السكن يحصل بذلك ، وهي لا تستحقه ، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان .

---

(١) في المخطوطة ٣٩ : أن أفاتها أول الليل . (٢) منزولا بها : مريضة (ف)

(٣) في المطبوعة ، وإن خرج ، والسياق تقتضي ماأثبتنا

(٤) لفظ في أبي داود حـ١ ص٤٣٢ « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مـكثه عندنا وما كان يوم إلا وهو يطف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها » (ف)

أحدهما : يجوز لحديث عائشه . والثانى : لا يجوز ، لأنه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع . فإن أطال المقام عندها ، قضاه ، وإن جامعها فى الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ، ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا : لا يقضى إذا جامع فى النهار .

ولنا . أنه زمن يقضيه إذا طال المقام ، فيقضيه إذا جامع فيه كالليل .

٥٦٥٢ (فصـــــل)

والأولى أن يكون لـكل واحدة منهن مسكن[1] يأتيها فيه ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ، ولأنه أصون لهن وأستر ، حتى لا يخرجن من بيوتهن ، وإن اتخذ لنفسه منزلا يستدعى إليه [فيه] كل واحدة منهن فى ليلتها ويومها كان له ذلك ، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء ، ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها ، وإن اختار أن يقصد بعضهن فى منازلهن ويستدعى البعض كان له ذلك ؛ لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه ، بأن يستدعى كل واحدة فى ليلتها ، فعليهن طاعته ، إن كان ذلك سكنى مثلهن ، وإن لم يـكن لم تلزمهن إجابته ، لأن عليهن فى ذلك ضرراً ، وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ، ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما فى غير الحبس .

٥٦٥٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولو وطىء زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أنه لا تجب التسوية بين النساء فى الجماع وهو مذهب مالك والشافعى ، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ، ولا سبيل إلى التسوية بينهن فى ذلك ، فإن قلبه قـد يميل إلى إحداهما دون الأخرى . قال الله تعالى [2] « وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ » قال عبيدة السلمانى: فى الحب والجماع . وإن أمكنت التسوية بينهما فى الجماع ، كان أحسن وأولى ، فإنه أبلغ فى العدل ، وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ، ثم يقول : « اللهم هـذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما لا أملك » وروى أنه كان يسوى بينهن حتى فى القبل ، ولا تجب التسوية بينهن فى الاستمتاع بما دون الفرج ، من القبل واللمس ونحوهما ، لأنه إذا لم تجب التسوية فى الجماع ، ففى دواعيه أولى .

٥٦٥٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية ﴾

---

(١) فى المخطوطة ٢١ ٣١٨ سكن . (٢) سورة النساء آية ١٢٨

وبهذا قال على بن أبى طالب ، وسعيد بن المسيب ، ومسروق ، والشافعى ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثورى ، والأوزاعى ، وأهل الرأى ، وقال مالك فى إحدى الروايتين عنه : يسوى بين الحرة والأمة فى القسم[1] لأنهما سواء فى حقوق النكاح ، من النفقة والسكنى ، وقسم الابتداء كذلك ههنا .

ولنا : ما روى عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : « إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين[2] » رواه الدارقطنى ، واحتج به أحمد ، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً ، فكان حظها أكثر فى الإيواء ، وبخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة ، وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء ، فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ، ولا يختلفان فى ذلك ، وفى مسألتنا يقسم لها ليتساوى حظهما .

٥٦٥٥ (فصــــل)

والمسلمة والكتابية سواء فى القسم ، فلو كان له امرأتان ، أمة مسلمة وحرة ، كتابية ، قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين . وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب ، والحسن والشعبى ، والنخعى . والزهرى ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية ، فاستوت فيه المسلمة والكتابية ، كالنفقة والسكنى[3] ، ويفارق الأمة[4] ، لأن الأمة لا يتم تسليمها . ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية .

٥٦٥٦ (فصــــل)

فإن أعتقت الأمة[5] فى أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى ، لتساوى الحرة ، وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ، ولم يقض لها مامضى ، لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها ، وإن عتقت وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك ، لأنهما تساويا فيسوى بينهما .

---

(١) وبذلك قال داود أيضاً . انظر (التحقيق فى مسائل الخلاف) لابن الجوزى ج ٢ ص ٢٧١ مخطوطة رقم ٢٣٩٤٨ ب دار الكتب المصرية .

(٢) ورواه ابن الجوزى عن على رضى الله عنه « إذا تزوج الحرة على الأمة ، للأمة الثلث وللحرة الثلثان » . وروى من حجج المذهب عن سعيد بن المسيب (تنكح الحرة على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرة ويقسم بينهما الثلث للأمة والثلثان للحرة » انظر التحقيق ٢/٢٧١/ ٢٧٢ .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ . كالنفقة وكالسكن

(٤) فى المخطوطة ٣٩ : ويخالف الأمة.

(٥) فى المخطوطه ٣٩ . فإن عتقت الأمة

٥٦٥٧ (فصـــــل)

والحق فى القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ، ولبعض ضرائرها ، كالحرة ، وليس لسيدها الاعتراض عليها، ولا أن يهبه دونها لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها ، فملكت إسقاطه ، وذكر القاضى أن قياس قول أحمد : أنه يستأذن سيد الأمة فى العزل عنها، ألا تجوز هبتها حقها[1] من القسم إلا بإذنه ولا يصح هذا ، لأن الوطء ، لا يتناوله القسم ، فلم يكن للولى فيه حق ، ولأن المطالبة بالفيئة ، للأمة دون سيدها ، وفسخ النـكاح بالجب والعنة لها دون سيدها ، فلا وجه لإثبات الحق له ههنا .

٥٦٥٨ (فصـــــل)

ولا قسم على الرجـل فى ملك يمينه ، فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الإماء كيف شاء ، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر وإن شاء ساوى بين الإماء ، وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض ، بدليل قول الله تعالى : « فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَامَلَـكَتْ أَيْمانُـكُمْ »[2]. وقد كان للنبى صلى الله عليه وسلم مارية القبطية ، وريحانة ، فلم يكن يقسم لهما ، ولأن الأمة لاحق لها فى الاستمتاع ، ولذلك لا يثبت لهـا الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا ، ولا تضرب لها مدة الإيلاء[3] ، لـكن إن احتاجت إلى النـكاح فعليه إعفافها ، إما بوطئها أو تزويجهـا أو بيعها .

٥٦٥٩ (فصـــــل)

ويقسم بين نسائه ليلة ليلة ، فإن أحب الزيادة على ذلك ، لم يجز إلا برضاهن ، وقال القاضى : له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والأولى مع هذا ليلة وليلة لأنه أقرب لعهدهن به ، وتجوز الثلاث ، لأنها فى حد القلة ، فهى كالليلة ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة وليلة ، ولأن التسوية واجبة ، وإنما جُوِّزَت البداءة[4] بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقاً للأخرى فـلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها ولأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ، ولأنه إذا كان له أربع نسوة ، فجعل لـكل واحدة ثلاثا ، حصل تأخير الأخيرة فى تسع ليال ، وذلك كثير ، فلم يجز كما لو كان له امرأتان ، فأراد أن يجعل لـكل واحدة تسعا ، ولأن للتأخير آفات ، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق ،

---

(١) هكذا فى الأصول والمغنى : لأنه لا يجوز هبتها لحقها .

(٢) سورة النساء آية ٣

(٣) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ ، مدة الإيلاء

(٤) فى المخطوطة ٣٩ : جوزنا البداية

كتأخير الدَّين الحال ، والتحديد بالثلاث . تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه فى حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق .

٥٦٦٠ (فصـــل)

فإن قسم لإحداها ثم طلق الأخرى قبل قسمها أثم ، لأنه فوّت حقها الواجب لها ، فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها ، لأنه قدر على إيفاء حقها ، فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين ، فإن قسم لإحداها ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه ، ومنعته من الاستمتاع بها ، أو قالت : لا تدخل على ، أولا تبت عندى أو ادعت الطلاق ، سقط حقها من القسم . فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهماولم يقض للناشز لأنها أسقطت حق نفسها،وإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة ، لزمه أن يقيم عندالرابعة عشراً ، لتساويهن ، فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ، وأقام عند الاثنتين ثلاثين ليلة ، ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة ، فإنه يقسم لها ثلاثا ، وللناشز ليلة خمسة أدوار ، فيكمل المظلومة خمس عشرة ليلة ، ويحصل للناشز خمس ، ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضى للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكراً ، وثلاث إن كانت ثيبا لحق العقد ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوارعلى ماقدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثاً وواحدة للجديدة

٥٦٦١ (فصـــل)

فإن كان امرأتان فى بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فإما أن يمضى إلى الغائبة فى أيامها وإما أن يقدمها إليه ويجمع بينهما فى بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان سقط حقها لنشوزها ، وإن أحب القسم بينهما فى بلديهما ولم يمكن أن يقسم ليلة وليلة ، فيجعل المدة بحسب ما يمكن ، كشهر وشهر ، أو أكثر أو أقل ، على حسب ما يمكنه ، وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما .

٥٦٦٢ (فصـــل)

ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعاً ، ولا يجوز إلا برضى الزوج لأنه حقه فى الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه[1] فإذا رضيت هى والزوج جاز لأن الحق فى ذلك لهما لايخرج عنهما فإن أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لأن حق الزوج فى الاستمتاع بها ثابت فى كل وقت إنما منعته المزاحمة بحق صاحبتها. فإذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه فى الاستمتاع بها ، وإن كرهت كما

(١) فى المخطوطة ٣٩ : إلا برضاها .

لو كانت منفردة . وقد ثبت « أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة » متفق عليه ، ويجوز ذلك فى جميع الزمان وفى بعضه فإن سودة وهبت يومها فى جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حيى فى شىء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضى عنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومى؟[1] فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته[2] ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبى صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إليك[3] ياعائشة إنه ليس يومك » قالت : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء. فأخبرته بالأمر فرضى عنها » فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة ، وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات فى ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن ، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وإن وهبتها لواحدة (منهن)[4] كفعل سودة جاز ، ثم إن كانت تلك الليلة تلى ليلة الموهوبة والى بينهما ، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات ، ويجعلها لها فى الوقت الذى كان للواهبة لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة فى ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة ، ولأن فى ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز . وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها . وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة فى التفريق . والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها . ومتى رجعت الواهبة فى ليلتها فلها ذلك فى المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لأنه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت فى بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها. فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئاً لأن التفريط منها .

٥٦٦٣ (فصــــل)

فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها فى كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمـال فإذا أخذت عليه مالا لزمها رده عليه وعليه أن يقضى لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز ، فإن عائشة أرضت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره .

---

(١) فى سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٠٨ زيادة« قالت :نعم » (ف)
(٢) فى ابن ماجه « فرشته بالماء » (ف) .
(٣) فى ابن ماجه « إليك عنى » أى تنحى عنى وابعدى (ف) .
(٤) ساقطة من المخطوطة : ٣٩

٥٦٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك ﴾

وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها بإذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقي والقاضي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان ، وللشافعي فيه قولان . أحدهما : لا يسقط حقها لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه .

ولنا : أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان . وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى، وهذا لا خلاف فيه نعلمه . فأما إن أشخصها وهو أن يبعثها لحاجته[1] أو يأمرها بالنقلة من بلدها ، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم ، لأنها لم تفوت عليه التمكين ، ولا فات من جهتها ، وإنما حصل بتفويته ، فلم يسقط حقها ، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه ، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها . وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً .

٥٦٦٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن ﴾

وجملته أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن[2] لم يحتج إلى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك أن ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » متفق عليه . ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم .

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة

(١) في المخطوطة ٣٩ : يبعثها لحاجة . (٢) في المخطوطة ٣٩ : أو تركه كلهن .

سوى بينهن كما يسوى بينهن فى الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول الخرقى فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى : « فلاَ تَمِيلُوا كلَّ المَيْلِ » .[1]

ولنا : أن عائشة لم تذكر قضاء فى حديثها ، ولأن هذه التى سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل فى الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقى بعد سفره . وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك : لا يقضى . لأن قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزم القضاء كما لو كان حاضراً .

إذا ثبت هذا : فينبغى ألا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضى منها ما أقام معها[2] بمبيت ونحوه فأما زمان السير[3] فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة فى مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل .

٥٦٦٦ (فصل)

إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز ، لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها . وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضى الزوج ، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها فى الحضر ، ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا فى هبة الليلة فى الحضر ، وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز ، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضى الزوج ، وإن أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا ، وإن رضى بذلك استأنف القرعة بين البواقى ، وإن رضى الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز ، لأن الحق لهن ، إلا ألا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة ولا فرق فى جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى . وذكر القاضى احتمالا ثانيا أنه يقضى للبواقى فى السفر القصير . لأنه فى حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعى .

ولنا : أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ، ولو كان فى حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحداهن

---

(١) سورة النساء آية ١٢٩ . (٢) فى المطبوعة : وإنما يقضى منهاما أقام منها .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فأما زمان السفر .

دون الأخرى ، كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى ، ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر ، نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر ، فله استصحابها معه ، لأنه سفر واحد قد أقرع له ، وإن أقام فى بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لأنه فى حكم السفر تجرى عليه أحكامه . وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل، لأنه خرج عن حكم السفر ، ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلدته أو بلدة أخرى فله المسافرة لأنه فى حكم السفر الواحد وقد أقرع له .

٥٦٦٧ (فصـــل)

وإذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن فى سفره فعل ولم يكن له إفراد إحداهن به . لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن . فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر . فإن لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم[1] لهن جاز ، ولا يقضى لأحد ولا يحتاج إلى قرعة ، لأنه سوى بينهن ، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة ، فإذا وصل إلى البلد الذى انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه فى البلد خاصه لأنه صار مقيماً وانقطع حكم السفر عنه .

٥٦٦٨ (فصـــل)

إذا كانت امرأتان له فتزوج أخرى، وأراد السفر بهما جميعاً .قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً ، وثلاثاً إن كانت ثيباً ، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة . وإن أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ، ودخـــل حق العقد فى قسم السفر ، لأنه نوع قسم . وإن وقعت القرعة للأخرى سافر بها . فإن حضر[2] قضى للجديدة حق العقد ، لأنه سافر بعـــد وجوبه عليه . وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتى تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد فى قسم السفر ، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد فى أحد الوجهين ، لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بأخرى معه . والثانى : لا يقضيه ، لئلا يكون تفضيلا لها على التى سافر بها ، لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل فى الحضر فيكون ميلا فيتعذر قضاؤه ، فإن قدم من سفره قبل مضى مدة ينقضى فيها حق عقد الأولى أتمه فى الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان .

ويحتمل فى المسألة الأولى وجهاً ثالثاً ، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما ، ولا يحتسب

(١) فى المخطوطة ٣٩ : مع من هو محرم . (٢) فى المخطوط ٣٩ : فإذا حضر .

على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد ، وهـذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط .

٥٦٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعاً ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها ﴾

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً إن كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هى أن يقيم عندها سبعاً فإنه يقيمها عندها ويقضى الجميع للباقيات . روى ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبى ، والنخعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وابن المنذر . وروى عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وخلاس بن عمرو ، ونافع مولى ابن عمر : للبكر ثلاث ، وللثيب ليلتان . ونحوه قال الأوزاعى ،وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأى[1] : لا فضل للجديدة فى القسم ، فإن أقام عندها شيئاً قضاه للباقيات ، لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً .

ولنا : ما روى أبو قلابة عن أنس قال : « من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً ، [وقسم] وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم » ، قال أبو قلابة : لو شئت لقلت إن أنساً رفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم متفق عليه[2] ، وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال « ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائى » رواه مسلم ، وفى لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت » وفى لفظ «وإن شئت زدتك[3] ثم حاسبتك به للبكر سبع وللثيب ثلاث » وفى لفظ رواه الدارقطنى « إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائى » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه ، قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة[4] .

٥٦٧٠ (فصــــــل)

والأمة والحرة فى هذا سواء ، ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه أحدها : كقولنا . والثانى : الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم . والثالث : للبكر من الإماء أربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة .

(١) وبه قال داود أيضاً . انظر (التحقيق لابن الجوزى ٢/٢٧٢ مخطوطة) (٢) أخرجه الستة عن أنس .
(٣) فى المخطوطة ٣٩ : وإن شئت زادت (٤) فى المطبوعة : بالسنة

ولنا : عموم قوله عليه السلام « للبكر سبع وللثيب ثلاث » ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء فى الحاجة إليه فاستويا فيه كالنفقة .

٥٦٧١ (فصـــــــل)

يكره أن يزف إليه امرأتان فى ليلة واحدة ، أو فى مدة حق عقد إحداهما، لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما ، وتستضر التى لا يوفيها حقها وتستوحش ، فإن فعل فأدخلت إحداهما قبل الأخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم . وإن زفت الثانية فى أثناء مدة حق العقد أتمه للأولى،ثم قضى حق الثانية . وإن أدخلتا عليه جميعاً فى مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما، ثم وفى الأخرى بعدها .

٥٦٧٢ (فصـــــل)

وإذا كانت عنده امرأتان فبات عند إحداهما ليلة ، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد، لأنه ثبت بالعقد ، وحق الثانية ثبت بفعله. فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتدىء القسم . وذكر القاضى[1]: أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدىء القسم . لأن الليلة التى يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ، فيثبت للجديدة فى مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه فى نصف ليلة وفيه حرج ، فإنه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه ، أو لا يقدر على الخروج إليه فى نصف الليلة أو المجىء منه ، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها[2] بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله .

٥٦٧٣ (فصـــــــل)

وحكم السبعة والثلاثة[3] التى يقيمها عند المزفوفة حكم سائر فى أن عماده الليل ، وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس ، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة . فإن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه . فإن أطال قضاه ، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : وقال القاضى

(٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ وفاء لحقها

(٣) فى المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : وحكم السبعة والليلة

٥٦٧٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا ظهر منها ما يخاف منه نشوزها وعظها ، فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحا ﴾

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع ، فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته ، فمتى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها ، ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة . فإنه يعظها فيخوفها الله[1] سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة ، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن »[2] (واهجروهن فى المضاجع واضربوهن)[3] فإن أظهرت النشوز، وهى أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها فى المضجع لقول الله تعالى «واهجروهن فى المضاجع » قال ابن عباس : لا تضاجعها فى فراشك . فأما الهجران فى الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وظاهر كلام الخرقى أنه ليس له ضربها فى النشوز فى أول مرة . وقد روى عن أحمد : إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح . فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى « واضربوهن » ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات المعاصى لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الخرقى المقصود زجرها عن المعصية فى المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم عليه فى منزله فأراد إخراجه. وأما قوله (واللاتى تخافون نشوزهن) « الآية ففيها إضمار تقديره : واللاتى تخافون نشوزهن[4] » فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن فى المضاجع فإن أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض)[5]، والذى يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف فى أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعى قولان كهذين فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح » رواه مسلم معنى غير مبرح أى ليس بالشديد . قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضربا غير مبرح قال غير شديد ، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لأن المقصود

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ويخوفها الله . (٢) سورة النساء آية ٣٤
(٤) سورة النساء ٣٤ (٥) ما بين الحاصرين ساقط من المخطوطة ٣٩ .

التأديب لا الإتلاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيرى عن أبيه قال : قلت يارسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال « أن يطعمها[1] إذا طعمت ، ويكسوها إذا اكتست ولا يقبح ولا يهجر إلا فى البيت » وروى عبد الله بن زمعة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها فى آخر اليوم ولا يزيد فى ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجلد أحد[2] فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله » متفق عليه .

٥٦٧٥ (فصـــل)

وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على [ترك] فرائض الله ، وقال فى الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضرباً رقيقاً غير مبرح ، وقال على رضى الله فى تفسير قوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » قال علموهم أدبوهم ، وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله عبداً علق فى بيته سوطا يؤدب أهله » فإن لم تصل فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن قال أحمد فى الرجل يضرب امرأته لا ينبغى لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها ، والأصل فى هذا ماروى لأشعث عن عمر أنه قال « ياأشعث احفظ عنى شيئاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسألن رجلا فيم ضرب امرأته[3] » رواه أبو داود ، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش ، فان أخبر بذلك استحيا ، وإن أخبر بغيره كذب .

٥٦٧٦ (فصـــل)

وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبر أو دمامة[4] فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » روى البخارى عن عائشة (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا)[5] قالت هى المرأة تكون عند الرجل لايستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له أمسكنى ولا تطلقنى ثم تزوج غيرى فأنت فى حل من النفقة على والقسمة لى

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت: يارسول الله يومى لعائشة فقبل ذلك رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم منها ، قالت فى ذلك أنزل الله جل

---

(١) فى سنن أبى داود ج ١ ص٩٤٤ « أن نطعمها إذا طعمت ونكسوها إذا اكتست .. ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت »(ف) (٢) فى المخطوطة ٣٩ : لايجلد أحدكم (٤) فى المخطوطة ٣٩: ١٨ أوزمانه .
(٣) ذكره بالمعنى ونصه فى صحيح البخارى ج ٦ ص ٦٢ (ف)
(٥) فى المخطوطة ٣٩ : يصالحا : وهى قراءة ورش وقالون عن نافع .

نشاؤه وفى أشباهها أراه قال (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) رواه أبو داود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فإن رجعت فلها ذلك ، قال أحمد فى الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شاءت رجعت .

٥٦٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشى عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكماً من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا[1] ويفرقا فما فعلا من ذلك لزمهما ﴾

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه ، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدى عليها . وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى (كل واحد منهما)[2] أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما، وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما » .

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى الحكمين ففى إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لها إلا بإذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولى الشافعى ، وحكى ذلك عن الحسن ، وأبى حنيفة ، لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما والثانية : أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما . وروى نحو ذلك عن على ، وابن عباس ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبى ، والنخعى ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وابن المنذر لقول الله تعالى[3] « فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا » فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) فخاطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلا وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام[4] من الناس ، فقال على رضى الله عنه : ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فبعثوا حكمين، ثم قال على للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق . إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما

(١) فى المخطوطة ٣٩، ١٨ إن رأيا
(٢) ما بين الحاصرين ساقط من المخطوطة ٣٩ ، ١٨
(٣) سورة النساء : آية ٣٥
(٤) فئام : جماعة من الناس .

فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله عَلَيّ وَلِي فقال الرجل : أما الفرقة ، فقال علي: كذبت حتى ترضى بما رضيت به . وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك ، ويروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما ، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان ، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس ، وحكما من أهلها معاوية ، فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا :

ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ، ويطلق الحاكم على المولي اذا امتنع .

إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين ، بالغين ، عدلين ، مسلمين ، لأن هذه من شروط العدالة ، سواء قلنا . هما حاكمان أو وكيلان ، لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس . ويكونان ذكرين لأنه مفتقر إلى الرأي والنظر . قال القاضي: ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة . والأولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية ، لأن توكيل العبد جائز وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال . فإن كانا من غير أهلها جاز لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً : فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله[1] فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها[2] في الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنعا من التوكيل لم يجبر وإن قلنا إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه .

٥٦٦٧ (فصل)

فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة وإن قلنا إنهما حاكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم ، لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه ، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته . وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل

(١) في ٣٩ : أو وكيله . (٢) في ٣٩ . أو وكيلها .

بجنون الموكل وإن كان حاكما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون.

٥٦٦٨ (فصـــل)

فإن شرط الحكمان شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم. مثل أن يشترط ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لأنه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى. وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا فى الخلع - وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لا فى إسقاط الحقوق.

كتاب الخلع[1]

٥٦٦٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدى نفسها منه ﴾

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدى حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدى به نفسها منه لقول الله تعالى : « فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ[2] » . وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل[3] عند بابه في الغلس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ماشأنك » ؟ قالت : لا أنا ولا ثابت لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر » وقالت حبيبة : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطانى عندى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : « خذ منها » فأخذ منها ، وجلست في أهلها . وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك وأحمد ، وغيرهما . وفي رواية البخارى قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله ، ما أنقم على ثابت في دين

---

(١) العنوان ساقط من المخطوطات التي بين أيدينا .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) حديث المختلعة (زوجة ثابت) رواه ابن عباس وأخرجه البخارى ج٧ ص٦٠ . ٦١ والنسائي ج ٦ ص١٦٩ وابن ماجه ج١ ص٦٣٣ ، ورونه عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبه بنت سهل ، وعن عائشة كما في أبي داود ج ١ ص ٦ ٥١ ورونه الربيع بنت معوذ كما في النسائي ص١٨٦ وابن ماجه ص ٦٣٤ ورواه عبد الله بن عمرو بن العاص كما في ابن ماجه ، ورواه سهل بن أبي حثمة كما في مسند أحمد ج ٤ ص٣ ورواه أنس كما في البزار ، انظر مجمع الزوائد ج٥ ص٥ ورواه ابو الزبير مرسلا كما في الدارقطنى ص٣٩٧ وقد اختلف في اسمها على أقوال (ا) جميلة أخت عبد الله بن أبي كما في البخارى ورواية لدى ابن ماجه والنسائي (ب) حبيبة بنت سهل عند أبي داود وأحمد ومالك ورواية أخرى لدى النسائي وابن ماجه (ج) مريم المغالية كما في رواية لدى النسائي وابن ماجه (د) زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول كما في الدارقطنى ويرى الحافظ تعدد القصة وسبب اختلاعها قيل دمامته ففى رواية ابن ماجه « وكان رجلا دميا فقالت يارسول الله والله لولا مخافة الله إذا دخل على لبصقت في وجهه » وعند عبد الرزاق « قالت : يارسول الله بي من الجمال ما ترى وثابت رجل دميم » وفي رواية معتمر بن سليمان . (إنى رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها) فتح البارى ج٩ ص٣٢٩ وقيل : سببه أنه ضربها فكسر بعضها كما في رواية أبي داود أو كسر يدها كما في رواية النسائي (ف) .

ولا خُلُق ، إلا أنى أخاف الكفر . فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم : « أتردين عليه حديقته ؟ » فقالت : نعم : فردتّها عليه ، وأمره ففارقها . وفى رواية فقال له : « إقبل الحديقة وطلقها تطليقة » . وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام .

قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزنى فإنه لم يُجِزْه ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه « وإنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ »[1] الآية وروى عن ابن سيرين وأبى قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى : « ولا تعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهُن إلا أن يأتِينَ بفاحشةٍ مبينة »[2] .

ولنا : الآية التى تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة ولم نعرف لهم فى عصرهم مخالفا فيكون إجماعا ، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شىء من ذلك .

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى : « هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ »[3] ويسمى افتداء لأنها تفتدى نفسها بمال تبذله قال الله تعالى : « فلاَ جُنَاحَ عليهِمَا فيمَا افْتَدَتْ به »[4]

٥٦٧٠ (فصـــل)

ولا يفتقر الخلع إلى حاكم[5] . نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان ، وروى البخارى ذلك عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال شريح والزهرى . ومالك والشافعى وإسحاق وأهل الرأى وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان .

ولنا : قول عمر وعثمان ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ، ولأنه قطع عقد بالتراضى أشبه الإقالة .

٥٦٧١ (فصـــل)

ولا بأس بالخلع فى الحيض والطهر الذى أصابها فيه . لأن المنع من الطلاق فى الحيض من أجل الضرر الذى يلحقها بطول العدة ، والخلع لإزالة الضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه ، وذلك أعظم من ضرر طول العدة ، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ، ولذلك لم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم

(١) سورة النساء آية ٢٠ . (٢) سورة النساء آية ١٩ .
(٣) سورة البقرة آية ١٨٧ (٤) سورة البقرة آية ٢٢٩
(٥) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ . إلى الحاكم

المختلعة عن حالها ، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

٥٦٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها ﴾

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق ، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عثمان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وعكرمة ، ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ويروى عن ابن عباس ، وابن عمر : أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً ، وقال عطاء ، وطاوس ، والزهري ، وعمرو بن شعيب : لا يأخذ أكثر مما أعطاها ، وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر قال : فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ، ولكن ليدع لها شيئاً . واحتجوا بما روى أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر في الإسلام ، لا أطيقه بغضاً ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد . رواه ابن ماجه . ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الإقالة .

ولنا قول الله تعالى : « فلا جُناحَ عليهما فيما افْتَدتْ به » ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي ، فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه . ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه — فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها — وبذلك قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، والحكم ، وحماد ، وإسحاق ، وأبو عبيد . فإن فعل جاز مع الكراهة ، ولم يكرهه أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق .

ولنا : حديث جميلة . وروى عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها . رواه أبو حفص بإسناده[1] وهو صريح في الحكم ، فنجمع بين الآية والخبر فنقول : الآية دالة على الجواز ، والنهي عن الزيادة للكراهة ، والله أعلم .

---

(١) رواه الدارقطني عن أبي بكر الشافعي عن بسر بن موسى عن الحميدي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها » انظر (التحقيق لابن الجوزي) ٢/ ٢٧٤ص

٥٦٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع ﴾

فى بعض النسخ بغيرما ذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك فى المسألة التى قبل هـذه ، والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من ألا تقيم حدود الله ، لأنه لو أراد الأول لقال : كره له[1] ، فلما قال : كره لها ، دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة ، والأخلاق ملتئمة ، فإنه يكره لها ذلك ، فإن فعلت صح الخلع فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : أبو حنيفة ، والثورى ، ومالك ، والأوزاعى والشافعى . ويحتمل كلام أحمد تحريمه ، فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة ، تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا [هو] الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا فى هذه الحال[2] ، وهذا قول ابن المنذر ، وداود . وقال ابن المنذر ، وروى معنى ذلك عن ابن عباس ، وكثير من أهل العلم . وذلك لأن الله تعالى قال : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألاَّ يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فدل بمهومه على أن الجناح لاحقٌ بهما إذا افتدت من غير خوف ، ثم غلظ بالوعيد فقال : « تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ[3] » . وروى ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود . وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المختلعات والمنتزعات هن المنافقات[4] » . رواه أبو حفص ، ورواه أحمد فى المسند ، وذكره محتجا به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ، ولأنه إضرار بها وبزوجها ، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة ، فحرم لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

واحتج من أجازه بقول الله سبحانه : « فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً[5] » .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٢٠ يكره لها . (٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ إلا فى هذه الحالة .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٤) أخرجه الترمذى، عن ثوبان وقال:هذا حديث غريب وليس إسناده بالقوى ج ٥ ص ١٦٢ ،(ف)وأخرجه النسائى عن أبى هريرة وقال : قال الحسن لم أسمعه من غير أبى هريرة ، وقال أبو عبد الرحمن : الحسن لم يسمع من أبى هريرة شيئا ، ج ٦ص ١٦٨ بشرحه ، وأخرجه الطبرانى عن عقبة بن عامر كما فى مجمع الزوائد ج ٦ ص ٥ وفيه قيس بن الربيع وثقة الثورى وشعبة وفيه ضعف وبقية رجاله رجال الصحيح .

(٥) سورة النساء آية ٤ .

قال ابن المنذر : لا يلزم من الجواز فى غير عقد الجواز فى المعاوضة ، بدليل الربا حرمه الله فى العقد ، وأباحه فى الهبة . والحجة مع من حرمه ، وخصوص الآية فى التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز ، مع ما عضدها من الأخبار والله أعلم .

٥٦٧٤ (فصــــل)

فأما إن عَضَل زوجته وضارَّها بالضرب والتضييق عليها ، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدى نفسها منه[1] ففعلت ، فالخلع باطل ، والعوض مردود ، روى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، والقاسم بن محمد ، وعروة ، وعمرو بن شعيب ، وحميد بن عبد الرحمن ، والزهرى . وبه قال مالك ، والثورى ، وقتادة ، والشافعى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : العقد صحيح ، والعوض لازم ، وهو آثم عاص .

ولنا قول لله تعالى « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله[2] » وقال الله تعالى: « لا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلاَ تَعْضُلُوهُن لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ[3] » ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن فى البيع والأجر فى الإجارة ، وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق ، وقع الطلاق بغير عوض ، فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها[4] ، لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض ، فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وإن قلنا هو فسخ ، ولم ينو به الطلاق لم يقع [به] شىء ، لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى إنما رضى بالفسخ ههنا بالعوض ، فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض . وقال مالك : إن أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده إليها ، ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض .

٥٦٧٥ (فصــــل)

فأما إن ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك ، لأن ذلك لا يمنعهما ألا يخافا ألا يقيما حدود الله ، وفى بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فدعى النبى صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : « خذ بعض مالها وفارقها ففعل » . رواه أبو داود ، وهكذا لو ضربها ظلماً لسوء خلقه أو غيره ، لا يريد بذلك أن تفتدى نفسها ، لم يحرم عليه مخالعتها ، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : لتفتدى منه نفسها .

(٢) سورة البقرة ٢٢٩ . (٣) النساء آية ١٩ . (٤) فى المخطوطة ٣٩ . فله مراجعتها .

(٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠ .

٥٦٧٦ (فصـــل)

فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدى نفسها منـه ، ففعلت ، صح الخلع ، لقول الله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهى إباحة ، ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره ، وتفسد فراشه ، فلاتقيم حدود الله فى حقه ، فتدخل فى قول الله تعالى : « فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به وهذا أحد قولى الشافعى ، والقول الآخر: لا يصح ، لأنه عوض أكرهت عليه ، أشبه مالو لم تزن ، والنص أولى .

٥٦٧٧ (فـــصل)

إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض ، فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق ، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر[1] ، وإن كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهـذا قول عطاء ، والزهرى ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : ذلك براءة لـكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر وأما الديون التى ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان . ولاتسقط النفقة فى المستقبل لأنها ماوجبت بعد .

ولنا أن المهر حق لايسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلايسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولأن نصف المهر الذى يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة ، والنصف لها لايبرأ منه بقولها بارأتك لأن ذلك يقتضى براءتها من حقوقه لابراءته من حقوقها .

٥٦٧٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ والخلع فسخ فى إحدى الروايتين ، والأخرى أنه تطليقة بائنة ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الخلع ، ففى إحدى الروايتين : أنه فسخ ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقول ابن عباس ، وطاوس ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبى ثور . وأحد قولى الشافعى .

والرواية الثانية : أنه طلقة بائنة ، روى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وقبيصة ، وشريح ، ومجاهد ، وأبى سـلمة بن عبد الرحمن ، والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، ومكحول ، وابن أبى نجيح ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وقد روى عن عثمان ، وعلى ، وابن مسعود ، لـكن ضعّف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس فى الباب شىء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى : « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ[2] » ثم قال (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَه »[3] فذكر تطليقتين ، والخلع ، وتطليقة بعدها، فلو

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ . نصف مهرها . (٢) البقرة . ٢٢٩ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

كان الخلع طلاقاً لـكان أربعاً ، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فـكانت فسخاً كسائر الفسوخ .

ووجه الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً ، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها ، فـكان طلاقاً كغير الخلع .

وفائدة الروايتين : أنا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة ، فينقص بها عدد طلاقه ، وإن خالعها ثلاثاً طلقت ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن قلنا : هو فسخ لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه ، فأما إن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق ، أو لفظ الخلع والمفاداة ، ونحوهما ، ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً ، لأنه كناية نوى بها الطلاق فـكانت طلاقاً ، كما لو كان بغير عوض ، فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم .

٥٦٧٩ (فصـــــــل)

وألفاظ الخلع تنقسم إلى : صريح ، وكناية . فالصريح ثلاثة ألفاظ : خالعتك ، لأنه ثبت له العرف . والمفاداة ، لأنه ورد به القرآن . بقوله سبحانه « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وفسخت نكاحك ، لأنه حقيقة فيه . فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية ، وماعدا هذه مثل: بارأتك ، وأبرأتك ، وأبنتك ، فهو كناية ، لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فـكان له صريح وكناية كالطلاق ، وهذا قول الشافعي ، إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين ، فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفه إليه فأغنى عن النية فيه ، وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية ، سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا يقع بالـكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما كـكنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم .

٥٦٨٠ (فصـــــــل)

ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال[1] وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ إليه أحمد ، وذهب أبو حفص العـكبري ، وابن شهاب ، إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض ، وأفتى بذلك ابن شهاب بعـكبرا ، واعترض عليه أبو الحسن بن هرمز ، واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب : المختلعة على وجهين : مستبرئة ، ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول

(١) في المخطوطة ١٨ . ببذل المال .

لا أنا ولا أنت ، ولا أبر لك قسما ، وأنا أفتدى نفسى منك ، فإذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح ، لأن إسحاق بن منصور روى[1] قال : قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهى فرقة ، وقال إبراهيم النخعى : أخذ المال تطليقة بائنة ، ونحو ذلك عن الحسن ، وعن على رضى الله عنه مَنْ قَبِلَ مالاً على فِراقٍ فهى تطليقه بائنة لا رجعة له فيها . واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم لجميلة «أتردين عليه حديقته؟» قالت : نعم، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : « خذ ما أعطيتها ولا تزدد ، ولم يستدع منه لفظا » ولأن دلالة الحال تغنى عن اللفظ بدليل مالو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الأجرة وإن لم يشترطا عوضاً .

ولنا أن هذا أحد نوعى الخلع فلم يصح بدون اللفظ[2] كما لو سألته أن يطلقها بعوض ، ولأنه تصرف فى البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين فى البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وإن كان فسخاً فهو أحد طرفى عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد . وأما حديث جميلة فقد رواه البخارى « إقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة » . وهذا صريح فى اعتبار اللفظ ، وفى رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة فإنما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبل العوض ، ونسب التفريق إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أن النبى صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق ، فدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به ، ولعل الراوى استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ ، لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا .

٥٦٨١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به ﴾

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال. وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور ؛ وحكى عن أبى حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل. وهو أن يقول : كل امرأة لى طالق ، وروى نحو ذلك عن سعيد بن

---

(١) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ١٨٦ (لأن إسحق بن منصور روى عن أحمد قال).

(٢) فى المخطوطة ١٨ بدون لفظه .

المسيب ، وشريح ، وطاوس ، والنخعى ، والزهرى ، والحكم ، وحماد ، والثورى ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت فى العدة » .

ولنا : أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً فى عصرهما ، ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ، ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية[1] فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول : فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلا ولا ذكره أصحاب السنن .

٥٦٨٢ (فصـــل)

ولا يثبت فى الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق فى قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والنخعى ، والثورى ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وحكى عن الزهرى وسعيد ابن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة . وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة . لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق .

ولنا : قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت به)[2] وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهى تحت حكمه ، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر . وفارق الولاء ، فإن العتق لا ينفك منه ، والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكمل العدد .

٥٦٨٣ (فصـــل)

فإن شرط فى الخلع أن له الرجعة ، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع ، وهو قول أبى حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك ، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا[3] .فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، ولأنه لفظ يقتضى البينونة ، فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ، ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة ، وهو منصوص الشافعى ، لأن شرط العوض والرجعة متنافيان ، فإذا شرطاهما سقطا ، وبقى مجرد الطلاق ، فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ، ولأنه شرط فى العقد ما ينافى مقتضاه فأبطله ، كما لو شرط ألا يتصرف فى المبيع ، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضى : يسقط المسمى فى العوض ، لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب النقصان الذى نقصه من أجله إليه فيصير مجهولا

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : ولا طلاق الكناية . (١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) فى ٣٩ ، ١٨ : بعوض فاسد . وفى ٢٠ بفساد عوضه .

فيسقط ويجب المسمى فى العقد ويحتمل أن يجب المسمى لأنهما تراضيا به عوضاً فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة .

٥٦٨٤ (فصـــــــل)

فإن شرط الخيار لها أو له يوماً أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع ، وبطل الخيار ، وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل ، وقال : إذا جعل الخيار للمرأة ثبت (لها) [1] الخيار ولم يقع الطلاق .

ولنا : أن سبب وقوع الطلاق وجـد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه .

٥٦٨٥ (فصـــــــل)

نقل مهنا فى رجل قالت له امرأته اجعل أمرى بيدى وأعطيك عبدى هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً: هو له. إنما قالت:اجعل أمرى بيدى وأعطيك.فقيل له : متى شاءت تختار ؟ قال: نعم ما لم يطأها أو ينقض.فجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبغى أن ترجع عليه بالعوض لأنه استرجع ماجعل لهافتسترجع منه ما أعطته ، ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك إبطال هذه الصفة لأن هذا يجوز الرجوع فيه لولم يكن معلقاً فمع التعليق أولى كالوكالة .قال أحمد:ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئاً. ووجهه أن الألف فى مقابلة تمليكه إياها الخيار وقد فعل فاستحق الألف وليست الألف فى مقابلة الفرقة .

٥٦٨٦ (فصـــــــل)

إذا قالت امرأته طلقنى بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائناً ولا تؤثر الردة لأنهـا وجدت بعد البينونة ، وإن طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لأنه صادفها بائناً فإن كان بعد الدخول وقلنا إن الردة ينفسخ بها النـكاح فى الحال فـكذلك وإن قلنـا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبيناً أنها لم تـكن زوجته حين طلقهـا فلم يقع . ولا شىء له عليها . وإن رجعت إلى الإسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض .

٥٦٨٧ ﴿ مســـــألة

قال ﴿ وإذا قالت له : اخلعنى على ما فى يدى من الدراهم ففعل فلم يـكن فى يدها شىء لزمه ثلاثة دراهم ﴾

---

(١) ساقطة فى المخطوطة ٢٠

وجملة ذلك : أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له . وهذا قول أصحاب الرأى. وقال أبو بكر : لا يصح الخلع ولا شىء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبى ثور وقال الشافعى يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا : أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شىء ، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها[1] لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شىء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبى لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ، ولو طاوعت لم يكن للزوج شىء وإنما يتقوم البضع على الزوج فى النكاح خاصة، وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما إيجاب شىء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا إن خالعها على ما فى يدها من الدراهم صح فإن كان فى يدها دراهم فهى له ، وإن لم يكن فى يدها شىء فله عليها ثلاثة نص عليه أحمد، لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة. ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى[2] له بدراهم ، وإن كان فى يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو فى يدها ، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن فى يدها شىء فكذلك إذا كان فى يدها .

٥٦٨٨ (فصل)

والخلع على مجهول ينقسم أقساماً :

أحدها : أن يخالعها على عدد مجهول من شىء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتى يخالعها على ما فى يدها من الدراهم فهى هذه التى ذكر الخرقى حكمها .

الثانى : أن يكون ذلك من شىء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعها على عبد مطلق أو عبيد أو يقول إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق فإنها تطلق بأى عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالعته عليه فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد ، وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة ، هذا ظاهر كلام أحمد ، وقياس قوله و قول الخرقى فى المسألة التى قبلها ، وقد قال أحمد فيما إذا قال : إذا أعطيتنى عبداً

(١) فى المخطوطة ١٨ : بردة أو رضاع .

(٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : كما لو أوصى .

فأنت طالق فإذا أعطته عبداً فهى طالق . والظاهر من كلامه ما قلناه[١] ، وقال القاضى : له عليها عبد وسط . وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبداً وسطاً والظاهر خلافه .

ولنا : أنها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما فى يدها من الدراهم ، ولأنه إذا قال إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال : إن رأيت عبداً فأنت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شىء كما لو طلقها بغير خلع .

الثالث : أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة[٢] فيه مثل أن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول : إن أعطيتنى ذلك فأنت طالق فالواجب فى الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها[٣] إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه ولا يلزمها غير ذلك فى قياس ما قبلها ، وقال القاضى وأصحابه من الفقهاء: ترد عليه ما أخذت من صداقها . لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت[٤] وهو المهر .

ولنا : ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والأشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالعها على ما فى بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولا وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ، وفى قول القاضى عليها المسمى فى الصداق وهو قول أصحاب الرأى والوجه للقولين ما تقدم .

الرابع : أن يخالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرهما من الحيوان أو قال على ما فى بطونها أو [ما فى][٥] ضروعها فيصح الخلع ، وروى عن أبى حنيفة يصح الخلع على ما فى بطنها ولا يصح على حملها .

ولنا : أن حملها هو ما فى بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على ما فى بطنها . إذا ثبت هذا فإنه إن خرج الولد سليما أو كان فى ضروعها شىء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شىء فقال القاضى: لا شىء له وهو قول مالك وأصحاب الرأى ، وقال ابن عقيل: لها مهر المثل ، وقال أبو الخطاب :له المسمى. وإن خالعها على ما يثمر نخلها أو تحمل أمتها صح ، قال أحمد إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فإن لم يحمل نخلها ترضيه

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : ما قلنا .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : تعظم جهالته .
(٣) الظاهر (به) .
(٤) فى المخطوطة ١٨ : قيمة ما فوته .
(٥) الزيادة من المخطوطة ٣٩ .

بشيء ، قيل له : فإن حمل نخلها ؟ قال : هذا أجود من ذاك ،قيل :له يستقيم هذا ؟ قال: نعم جائز. فيحتمل قول أحمد ترضيه بشيء أى له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل فتعطيه عن ذلك شيئاً أى شيء كان مثل ما ألزمناه فى مسألة المتاع ، وقال القاضي:لا شيء له وتأول قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب،لأنه لو كان واجباً لتقدر بتقدير يرجع إليه ، وفرق بين هاتين المسألتين ومسألة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئاً وههنا لا يرجع بشيء إذا لم يجد حملا ولا ثمرة أن[1] ثم أوهمته أن معها دراهم وفى بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضى الوجود مع إمكان علمها به فكان له ما دل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجده حراً وفى هاتين المسألتين دخل معها فى العقد مع تساويهما فى العلم فى الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لأنه معدوم .

ولنا : أن ما جاز فى الحمل فى البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب : أن له فى هذه الأقسام الثلاثة المسمى فى الصداق.وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع فى هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم .

٥٦٨٩ (فصل)

إذا خالعته على رضاع ولده سنتين صح وكذلك إن جعلا وقتاً معلوماً قل أو كثر ، وبهذا قال الشافعي لأن هذا مما تصح المعاوضة عليه فى غير الخلع ففى الخلع أولى فإن خالعته على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكرا مدته صح أيضاً وينصرف إلى ما بقى من الحولين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ، ولا يقول : ترضعه سنتين ؟ قال : نعم ، وقال أصحاب الشافعي:لا يصح حتى يذكرا مدة الرضاع ، كما لا تصح الإجارة ، حتى يذكر المدة .

ولنا : أن الله تعالى قيده بالحولين ، فقال تعالى: « والوَالداتُ يُرْضِعْنَ أولادهنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ[2] » وقال سبحانه « وَفِصَالُهُ فى عَامَيْنِ[3] » . وقال : « وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثلاثُونَ شَهْراً[4] » ولم يبين مدة الحمل ههنا والفصال ، فحمل على ما فسرته الآية الأخرى ، وجعل الفصال عامين ، والحمل ستة أشهر ، وقال النبى

---

(١) فى المطبوعة (ولا ثمرة ثم) وفى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٠٢ (ولا ثمرة أن ثم) وهو الصواب . ولعله تحريف . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٣) سورة لقمان آية ١٤ .
(٤) سورة الأحقاف آية ١٥ .

صلى الله عليه وسلم « لارضاع[1] بعد فصال » يعنى : بعد العامين ، فيحمل المطلق من كلام الآدمى على ذلك أيضاً ، ولايحتاج إلى وصف الرضاع ، لأن جنسه كاف ، كما لو ذكر جنس الخياطة فى الإجارة ، فإن ماتت المرضعة أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقى من المدة ، وإن مات الصبى فكذلك ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاينفسخ ، ويأتيها بصبى ترضعه فى مكانه لأن الصبى مستوفى به ، لامعقوداً عليه فأشبه مالو استأجر دابة ليركبها فمات .

ولنا : أنه عقد على فعل فى عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولأن مايستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحاجة الصبى وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله فى حياته ، ولأنه لا يجوز إبداله فى حياته فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وإن وجد أحد هذه الأمور قبل مضى شىء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لايرجع بشىء ، وعن الشافعى كقولنا وعنه يرجع بالمهر .

ولنا : أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثلها كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه .

٥٦٩٠ (فصل)

وإن خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والأدم ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله ، وقال الشافعى : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الأدم وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم ، ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقاً وقد ذكرناه فى الإجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « رحم الله أخى[2] موسى آجر نفسه بطعام بطنه ، وعفة فرجه » ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة ، وهى غير مقدرة ، كذا ههنا ، وللوالد أن يأخذ منها مايستحقه ، من مؤنة الصبى وما يحتاج إليه ، لأنه بدل ثبت له فى ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفقه بعينه ، وإن أحب أخذه لنفسه ، وأنفق عليه غيره ، وإن أذن لها فى إنفاقه على الصبى جاز . فإن مات الصبى بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ مابقى من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة ، أو يوماً بيوم ؟ فيه وجهان .

---

(١) رواه عن على الطبرانى فى الصغير وعبد الرزاق فى مصنفه ورواه عن جابر أبو داود الطيالسى فى مسند جابر ص ٢٤٣

(٢) أخرج ابن ماجه والبزار والطبرانى عن عقبة بن المنذر السلمى فى حديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم « إن موسى أجر نفسه ثمانى سنين أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه »

أحدهما : يستحقه دفعة واحدة . ذكره القاضي في الجامع ، واحتج بقول أحمد : إذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين . قال : يرجع عليها ببقية ذلك ، ولم يعتبر الأجل ، ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقاً ، فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة .

والثاني لا يستحقه إلا يوماً بيوم . ذكره القاضي في المجرد ، وهو الصحيح ، لأنه ثبت منجما ، فلا يستحقه معجلا ، كما لو أسلم إليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة ، فمات المستحق له ، ولأن الحق لا يحل بموت المستوفى ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ، وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين ، وإن ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين ، بناء على أن الدين ، هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟

٥٦٩١ (فصـــل)

والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ، إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه ، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع ، وصح تصرفه فيه . قال أحمد في امرأة قالت لزوجها : اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ، ففعل ، ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد : جائز ، وليس عليها شيء . قال : ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها له ، فلم يصحح عتقها له ، لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضاً في الخلع ، ولم يضمنها إياه إذا تلف ، لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون ، فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد .

ويخرج فيه وجه : أنه لا يدخل في ضمانه ، ولا يصح تصرفه فيه ، حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق . وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ، ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه ، فإن تلف قبل قبضه فالواجب مثله ، لأنه من ذوات الأمثال . وقد ذكر القاضي في الصداق : أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن كان مكيلا أو موزونا ، لأنه لا ينفسخ سببه بتلفه ، فههنا مثله .

٥٦٩٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإن خالعها على غير عوض كان خلعا ، ولا شيء له ﴾
اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة .

فروى عنه ابنه عبدالله ، قال : قلت لأبي . رجل علقت به امرأته تقول : اخلعني . قال : قد خلعتك . قال : يتزوج بها ، ويجدد نكاحا جديداً ، وتكون عنده على اثنتين[1] ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض ، وهو قول مالك ، لأنه قطع للنكاح ، فصح من غير عوض كالطلاق ، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن

(١) أي على طلقتين اثنتين لا تحل بعدهما حتى تنكح زوجا غيره .

توجد من المرأة رغبة عن زوجها ، وحاجة إلى فراقه ، فتسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، فصح كما لو كان بعوض قال أبو بكر : لا خلاف عن أبى عبدالله أن الخلع ما كان من قبل النساء ، فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع فى أنه طلاق تملك به الرجعة ، ولا يكون فسخا :

والرواية الثانية ، لا يكون خلع إلا بعوض ، روى عنه مهنا إذا قال لها : اخلعى نفسك ، فقالت: خالعت نفسى لم يكن خلعا إلا على شىء ، إلا أن يكون نوى الطلاق ، فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض ، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً ، لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً . وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى . لأن الخلع إن كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيبها ، وكذلك لو قال : فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق ، لم يقع شىء بخلاف ما إذا دخله العوض ، فإنه يصير معاوضة ، فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وإن قلنا : الخلع طلاق ، فليس بصريح فيه اتفاقا وإنما هو كناية ، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنيـــة ، أو بذل العوض فيقوم مقام النية ، وما وجد واحد منهما . ثم إن وقع الطلاق . فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث .

٥٦٩٣ (فصـــل)

إذا قالت : بعنى عبدك هذا ، وطلقنى بألف ، ففعل ، صح وكان بيعاً وخلعاً بعوض واحـد ، لأنهما عقدان يصح إفراد كل واحد منهما بعوض ، فصح جمعهما ، كبيع ثوبين . وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف أنه يصح ، وهو نظير لهذا . وذكر أصحابنا فيه وجها آخر : أنه لا يصح ، لأن أحكام العقدين تختلف ، والأول أصح لما ذكرنا ، وللشافعى فيه قولان أيضاً ، فعلى قولنا يتقسط الألف على الصـداق المسمى ، وقيمة العبد ، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى ، وعوض العبد ما يخص قيمته ، حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حراً أو مغصوباً رجعت به ، لأنه عوضه ، فإن كان مكان العبد شقصٌ مشفُوع ففيه الشفعة ، ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف ، لأنها عوضه .

٥٦٩٤ (فصـــل)

وإن خالعها على نصف دار صح ، ولا شفعة فيه ، لأنه عوض عما لا قيمة له ، ويتخرج أن فيه شفعة لأن له عوضاً ، وهل يأخذه الشفيع بقيمته ، أو بمثل المهر ، على وجهين . فأما إن خالعها ودفع إليها ألفا بنصف دارها صح ، ولا شفعة أيضاً . وقال أبو يوسف ومحمـد : تجب الشفعة فيما قابل الألف ، لأنه عوض مال .

ولنا : أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع فى حق غير الزوج ، والبضع لا يتقوم فى حق غيره ، ولأن الزوج

ملك الشقص صفقة واحدة من شقص واحد ، فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه ، كما لو اشتراه بثمن واحد .

٥٦٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعها على ثوب فخرج معيباً ، فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب ، أو قيمة الثوب ويرده ﴾

وجملة ذلك : أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب ، أو أخذ الأرش ، لأنه عوض فى معاوضة ، فيستحق فيه ذلك ، كالبيع والصداق . ولا يخلو إما أن يكون على معين ، مثل أن تقول : اخلعنى على هذا الثوب . فيقول : خالعتك ، ثم يجد به عيباً لم يكن علم به [1] ، فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه ، وإن قال : إن أعطيتنى هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته إياه طلقت وملكه . قال أصحابنا : والحكم فيه كما لو خالعها عليه ، وهذا مذهب الشافعى ، إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأرش مع إمكان رده ، وهذا أصل ذكرناه فى البيع ، وله أيضاً قول : أنه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الأصل ذكر فى الصداق [2] ، وإن خالعها على ثوب موصوف فى الذمة ، واستقصى صفات السلم صح ، وعليها أن تعطيه إياه سليما ، لأن إطلاق ذلك يقتضى السلامة كما فى البيع والصداق ، فإن دفعته إليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة ، فله الخيار بين إمساكه ، أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة ، لأنه إنما وجب فى الذمة سليما تام الصفات ، فيرجع بما وجب له ، لأنها ما أعطته الذى وجب له عليها . وإن قال : إن أعطيتنى ثوباً صفته كذا وكذا ، فأعطته ثوباً على تلك الصفات طلقت وملكه ، وإن أعطته ناقصاً صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه ، لأنه ما وجد الشرط . فإن كان على الصفة لكن به عيب ، وقع الطلاق لوجود شرطه . قال القاضى : ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعى ، إلا أن له قولا : أنه يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا ، وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم : أنه إذا قال : إذا أعطيتنى ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً ، طلقت وليس له شىء سواه ، وقد نص أحمد على من قال : إن أعطيتنى هذا الألف فأنت طالق ، فأعطته إياه ، فوجده معيباً ، فليس له البدل ، وقال أيضاً : إذا قال : إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق ، فإذا أعطته عبداً فهى طالق ويملكه ، وهذا يدل على أن كل موضع قال : إن أعطيتنى كذا ، فأعطته إياه ، فليس له غيره ، وذلك لأن الإنسان لا يلزمه فى ذمته شىء إلا بإلزام أو التزام ، ولم يرد الشرع بإلزامها هذا ، ولا هى التزمته له ، وإنما علق طلاقها على شرط ، وهو عطيتها له ذلك ، فلا يلزمها شىء سواه ، ولأنها لم تدخل معه فى معاوضة ، وإنما حققت شرط الطلاق ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : لم يكن له به علم .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ذكرناه فى الصداق .

فأشبه ما لو قال : إن دخلت فأنت طالق ، فدخلت أو ما لو قال : إن أعطيت أباك عبداً فأنت طالق ، فأعطته إياه .

٥٦٩٦ (فصـــل)

إذا قال : إن أعطيتنى ألف درهم ، فأنت طالق . فأعطته ألفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة ، وإن أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وإن أعطته ألفا وازنة[١] تنقص فى العدد طلقت[٢] ، وإن أعطته ألفا عدداً تنقص فى الوزن لم تطلق ، لأن إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الإسلام ، وهى ما كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، ويحتمل أن الدراهم متى كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت ، لأنها يقع عليها اسم الدراهم ، ويحصل منها مقصودها . ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص فى العدد لذلك ، وإن أعطته ألفا رديئة ، كنحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق ، لأن إطلاق الألف يتناول ألفاً من الفضة ، وليس فى هذه ألف من الفضة ، وإن زادت على الألف بحيث يـكون فيها ألف فضة طلقت ، لأنها قد أعطته ألفا فضة ، وإن أعطته سبيكة تبلغ ألفا لم تطلق ، لأنها لا تسمى دراهم ، فلم توجد الصفة ، بخلاف المغشوشة ، فإنها تسمى دراهم ، وإن أعطته ألفا رديء الجنس لخشونة أو سواد ، أو كانت وحشة السكة طلقت ، لأن الصفة وجدت . قال القاضى : وله ردها ، وأخذ بدلها ، وهذا قد ذكرناه فى المسألة التى قبلها .

٥٦٩٧ (فصـــل)

وإن قال : إن أعطيتنى ثوباً مروياً فأنت طالق ، فأعطته هروياً لم تطلق ، لأن الصفة التى علق الطلاق عليها لم توجد ، وإن أعطته مروياً طلقت ، وإن خالعها على مروى فأعطته هروياً فالخلع واقع ، ويطالبها بما خالعها عليه . وإن خالعها على ثوب بعينه على أنه مروى ، فبان هروياً فالخلع صحيح ، لأن جنسهما واحد ، وإنما ذلك اختلاف صفة ، فجرى مجرى العيب فى العوض ، وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره ، وبين رده وأخذ قيمته لو كان مروياً ، لأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب فى جواز الرد .

وقال أبو الخطاب : وعندى لا يستحق شيئاً سواه ، لأن الخلع على عينه وقد أخذه . وإن خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتاناً ، لزم رده ، ولم يكن له إمساكه ، لأنه جنس آخر ، واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان ، بخلاف ما لو خالعها على مروى فخرج هروياً ، فإن الجنس واحد .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ألفا موزونة .

(٢) وازنة : ثقيلة وفى الشرح الـكبير ج ٨ ص ٢٠٦ (وإن أعطته ألفا وازنة لا تنقص فى العدد طلقت) بزيادة (لا) قبل تنقص ، وهو الصواب لأن المغنى قال بعد ذلك (ولا تطلق إن أعطته وازنة تنقص فى العدد) (ف) .

٥٦٩٨ (فصــــل)

وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق ، سواء قبضه منها أو لم يقبضه ، لأن العطية وجدت . فإنه يقال : أعطته فلم يأخذ ، ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها ، والذى من جهتها فى العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها ، أوقالت : يضمنه لك زيد ، أو اجعله قصاصاً مما لى عليك ، أو أعطته به رهناً ، أو أحالته به ، لم يقع الطلاق ، لأن العطية ما وجدت ، ولا يقع الطلاق بدون شرطه . وكذلك كل موضع تعذر العطية فيـــه[1] لا يقع الطلاق ، سواء كان التعذر من جهته ، أو من جهتها ، أو من جهة غيرهما ، لانتفاء الشرط . ولو قالت طلقنى بألف فطلقها ، استحق الألف وبانت ، وإن لم يقبض ، نص عليه أحمد . قال أحمد : ولو قالت : لا أعطيك شيئاً ، يأخذها بالألف[2] ، يعنى ويقع الطلاق ، لأن هذا ليس بتعليق على شرط ، بخلاف الأول.

٥٦٩٩ (فصــــل)

وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لاسبيل إلى دفعه ، فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض ، بدليل صحة تعليقه على الشروط ، ويقع الطلاق بوجود الشرط ، سواء كانت العطية على الفور أو [على][3] التراخى ، وقال الشافعى : إن قال متى أعطيتنى أو متى ما أعطيتنى ، أو أى حين ، أو أى زمان أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ، فذلك على التراخى ، وإن قال : إن أعطيتنى ، أو إذا أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ، فذلك على الفور[4] ، فإن أعطته جواباً لكلامه وقع الطلاق ، وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق ، لأن قبول المعاوضات على الفور ، فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات ، بخلاف متى وأى ، فإن فيهما تصريحاً بالتراخى ، ونصاً فيه ، وإن صارا معاوضة ، فإن تعليقه بالصفة جائز أما إن وإذا فإنهما يحتملان الفور والتراخى ، فإذا تعلق بهما العوضُ حُمِلا على الفور .

ولنا : أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخى كسائر التعليق أو نقول : علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخى فكان على التراخى ، كما لو خلا عن العوض والدليل على أن مقتضاه التراخى أنه يقتضيه إذ اخلاعن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ، ويكون على التراخى فيما إذا علقها بمتى ، أو بأى ، فكذلك فى مسألتنا . ولا يصح قياس

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : تتعذر العطية فيه (٢) فى المخطوطة ١٨ : أخذها بالألف .
(٣) الزيادة من المخطوطة ١٨ . (٤) فى المخطوطة ١٨ : فعلى الفور .

مانحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ، ثم يبطل قياسهم[1] بقول السيد لعبده: إن أعطيتنى ألفاً فأنت حر ، فإنه كمسألتنا ، وهو على التراخى ، على أنا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق.

٥٧٠٠ (فصـــل)

إذا قال لامرأته : أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء ، فإذا شاءت وقع الطلاق بائناً ، ويستحق الألف ، سواء سألته الطلاق فقالت : طلقنى بألف فأجابها . أو قال ذلك لها ابتداء ، لأنه علق طلاقها على شرط ، فلم يوجد قبل وجوده ، وتعتبر مشيئتها بالقول[2] ، فإنها وإن كان محلها القلب فلا يعرف مافى القلب إلا بالنطق ، فيعلق الحكم به ، ويكون ذلك على التراخى ، فمتى شاءت طلقت . نص عليه أحمد ومذهب الشافعى كذلك ، إلا فى أنه على الفور عنده . ولو أنه قال لامرأته : أمرك بيدك إن ضمنت لى ألفا ، فقياس قول أحمد : أنه على التراخى . لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخى . ونص على أنه إذا قال لها : أنت طالق إن شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها ، ومذهب الشافعى أنه على الفور لما تقدم .

ولنا : أنه لو قال لعبده : إن ضمنت لى ألفاً فأنت حر كان على التراخى ، ولو قال له : أنت حر على ألف إن شئت ، كان على التراخى ، والطلاق نظير العتق ، فعلى هذا متى ضمنت له ألفاً كان أمرها بيدها ، وله الرجوع فيما جعل إليها ، لأن أمرك بيدك توكيل منه لها ، فله الرجوع فيه ، كما يرجع فى الوكالة ، وكذلك لو قال لزوجته طلقى نفسك إن ضمنت لى ألفاً فمتى ضمنت له ألفاً وطلقت نفسها وقع مالم يرجع ، وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق .

٥٧٠١ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا خالعها على عبد فخرج حراً ، أو استحق ، فله عليها قيمته ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا ، فبان غير مال ، مثل أن يخالعها على عبد بعينه فيبين حراً ، أو مغصوبا ، أو على خل فيبين[3] خمراً ، فإن الخلع صحيح فى قول أكثر أهل العلم ، لأن الخلع معاوضة بالبضع ، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ، ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً . وبهذا قال أبو ثور ، وصاحبا أبى حنيفة[4] . وإن خالعها على هذا الدّن من الخل ، فبان خمراً ، رجع عليها بمثله خلا ، لأن الخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل ، فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل : يرجع بقيمة مثله خلا ، لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال . والصحيح الأول ،

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ويبطل قياسهم . (٢) فى المخطوطة ١٨ : وتعتبر المشيئة بالقول

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فتبين . فى الفقرة كلها (٤) فى المخطوطة ١٨ : وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن .

لأنه إنما وجب عليها مثلهلو كان خلاً ، كما نوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً ، فإن الحر لا قيمة له . وقال أبو حنيفة فى المسألة كلها : يرجع بالمسمى ، وقال الشافعى : يرجع بمهر المثل ، لأنه عقد على البضع بعوض فاسد ، فأشبه النكاح بخمر . واحتج أبو حنيفة : بأن خروج البضع لا قيمة له ، فإذا غرته رجع عليها بما أخـذت .

ولنا : أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها ، وبقاء سبب الاستحقاق ، فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها ، كالمغصوب والمستعار . وإذا خالعها على عبد فخرج مغصوباً[1] أو أم ولد . فإن أبا حنيفة يسلمه ، ويوافقنا فيه .

٥٧٠٢ (فصـــل)

وإن خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر ، والخمر ، والخنزير ، والميتة ، فهو كالخلع بغير عوض ، سواء لا يستحق شيئاً . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعى : له عليها مهر المثل ، لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا ، فإذا رضى بغير عوض لم يكن له شىء ، كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شىء ففعلته . وفارق[2] النكاح ، فإن دخول البضع فى ملك الزوج متقوم ، ولا يلزم إذا خالعها على عبد فبان حراً ، لأنه لم يرض بغير عوض متقوم[3] فيرجع بحكم الغرور ، وههنا رضى بما لا قيمة له ، إذا تقرر هذا فإن كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعى ، لأنه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ، ونوى به الطلاق فكذلك ، لأن الكنايات مع النية كالصريح . وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل ، وهو : أنه هل يصح الخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان . فإن قلنا : يصح ، صح ههنا ، وإن قلنا : لا يصح لم يصح ، ولم يقع شيئاً . وإن قال : إن أعطيتنى خمراً أو ميتة فأنت طالق ، فأعطته ذلك طلقت ، ولا شىء عليها . وعند الشافعى : عليها مهر المثل ، كقوله فى التى قبلها .

٥٧٠٣ (فصـــل)

فإن قال: إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق ، فأعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقع الطلاق بهما ، لأنهما كالقن فى التمليك . وإن أعطته حراً ، أو مغصوبا ، أو مرهوناً ، لم تطلّق . لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه ، وما لا يصح تمليكه لا تكون مُعْطية له ، وإن قال: إن أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق، فأعطته إياه فإذا هو حر،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : فبان مغصوبا . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : ويفارق النكاح .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : بغيرعوض مقوم .

أو مغصوب ، لم تطلق أيضاً ، لما ذكره أبو بكر ، وأومأ إليه أحمد . وذكر القاضى وجهاً آخر : أنه يقع الطلاق . قال : وأومأ إليه أحمد فى موضع آخر ، لأنه إذا عيَّنه فقد قطع اجتهادها فيه . فإذا أعطته إياه وُجدت الصفة ، فوقع الطلاق ، بخلاف غير المعين . ولأصحاب الشافعى أيضاً وجهان كذلك ، وعلى قولهم : يقع الطلاق ، هل يرجع بقيمته ، أو بمهر المثل ؟ على وجهين .

ولنا : أن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها : التمكن من تملكه ، بدليل غير المعين ، ولأن العطية ههنا التمليك ، بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكا لها ، وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين .

٥٧٠٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قالت له : طلقنى ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة لم يكن له شىء ولزمها تطليقه ﴾

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الألف فلا يستحق منه شيئاً ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : له ثلث الألف . لأنها استدعت منه فعلا بعوض ، فإذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض ، كما لو قال : من رد عبيدى فله ألف ، فرد ثلثهم ، استحق ثلث الألف . وكذلك فى بناء الحائط وخياطة الثوب .

ولنا : أنها بذلت العوض[1] فى مقابلة شىء لم يجبها إليه ، فلم يستحق شيئاً . كما لو قال فى المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فله ألف . فسبق إلى بعضها ، أو قالت بعنى عبديك بألف ، فقال : بعتك أحدهما بخمسمائة . وكما لو قالت: طلقنى ثلاثاً على ألف ، فطلقها واحدة ، فإن أبا حنيفة وافقنا فى هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئاً .

فإن قيل: الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط ، وعَلَى للشرط، فكأنها شرطت فى استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثاً ، قلنا : لا نسلم أن على للشرط ، فإنها ليست مذكورة فى حروفه ، وإنما معناها ومعنى الباء واحد . وقد سوى بينهما فيما إذا قالت : طلقنى وضرتى بألف ، أو على ألف . ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة[2] أو اثنتين .

٥٧٠٥ (فصـــــــل)

فإن قالت طلقنى ثلاثاً ولك ألف فهى كالتى قبلها ، إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شىء له ، وإن طلقها ثلاثا استحق الألف ، ومذهب الشافعى ، وأبى يوسف ، ومحمد [بن الحسن] فيها كمذهبهم فى

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : بذلت عوضاً . (٢) فى المخطوطة ١٨ : بأن المطلقة واحدة .

التى قبلها . وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً ، وإن طلقها ثلاثاً ، لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض[1]

ولنا : أنها استدعت منه الطلاق بالعوض ، فأشبه مالو قال : رد عبدى ولك ألف فرده، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم ، فإن معنى الكلام : ولك ألف عوضا عن طلاق ، فإن قرينة الحال دالة عليه ، وإن قالت : طلقنى وضرتى بألف أو على ألف علينا ، فطلقها وحدها ، طلقت وعليها قسطها من الألف[2] لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان ، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر ، وإن كان العوض منها وحدها فلا شىء له فى قياس المذهب ، لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض ، ولذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً[3] بخلاف ما إذا كان العقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين .

٥٧٠٦ (فصـــل)

وإن قالت : طلقنى ثلاثاً بألف ، ولم يبق من طلاقها إلا واحدة ،فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث قال أصحابنا : ويستحق الألف ، علمت أو لم تعلم ، وهو منصوص الشافعى ،وقال المزنى : لا يستحق إلا ثلث الألف : لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه ، فلا يستحق إلا ثلث الألف ، كما لو كان طلاقها ثلاثاً ، وقال ابن سريج : إن علمت أنه لم يبق من طلاقها إلا طلقة [واحدة] استحق الألف وإن لم تعلم كقول المزنى ، لأنها إن كانت عالمة كان معنى كلامها : كمل لى الثلاث ، وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث ، وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة ، وتحريم العقد ، فوجب بها العوض ، كما لو طلقها ثلاثاً .

٥٧٠٧ (فصـــل)

فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت : طلقنى بألف واحدة أبين بها ، واثنتين فى نكاح آخر ، فقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض ، فإن تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذلت العوض فى مقابلة ثلاث ، فإذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض[4] كما لو كانت ذات طلقات ثلاث ، فقالت : طلقنى ثلاثاً ، فلم يطلقها إلا واحدة ، ومقتضى هذا أنه إذا لم ينكحها نكاحاً آخر أنها ترجع عليه بالعوض ، وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما ، وإن نكحها نكاحاً آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشىء ، وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله ، وقال القاضى : الصحيح فى المذهب ان هذا لا يصح فى الطلقتين الآخرتين ، لأنه سلف فى طلاق ، ولا يصح فى الطلاق

(١) فى المخطوطة ١٨ : لم يعلق طلاقها بالعوض .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : وعليها الشقص من الألف .

(٣) المخطوطة ٣٩ : كان العقد واحداً

(٤) فى المخطوطة ١٨ : لم يستحق شيئا .

ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النـكاح ، والطلاق قبل النكاح لا يصح[1] فالمعاوضة عليه أولى ، فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة ، فإن قلنا تفرق فله ثلث الألف ، وإن قلنا : لا تفرق فسد العوض فى الجميع ويرجع بالمسمى فى عقد النـكاح .

٥٧٠٨ (فصـــل)

وإن قالت : طلقنى واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف ، وقال محمد بن الحسن : قياس قول أبى حنيفة : ألا يستحق شيئاً . لأن الثلاث مخالفة للواحدة ، لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج وإصابة ، وقد لا تريد ذلك ، ولا تبذل العوض فيه ، فلم يكن ذلك إيقاعا لمـا استدعته ، بل هو إيقاع مبتدأ[2] ، فلم يستحق به عوضا .

ولنـا : أنه أوقع ما استدعته وزيادة ، لأن الثلاث واحدة واثنتان ، وكذلك لو قال : طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع ، فيستحق العوض بالواحدة ، وما حصل من الزيادة التى لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً ، فإن قال لها أنت طالق بألف ، وطالق وطالق ، وقعت الأولى بائنة ، ولم تقع الثانية ولا الثالثة ، لأنهما جاءا بعد بينونتها[3] ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن قال لهـا : أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له : أيتهن أوقعت بالألف ؟ فإن قال : الأولى بانت بها ، ولم يقع ما بعدها ، وإن قال الثانية بانت بها ، ووقعت بها طلقتان ، ولم تقـع الثالثة ، وإن قال : الثالثة وقع الـكل ، وإن قال : نويت أن الألف فى مقابلة الـكل بانت بالأولى وحدها ، ولم يقع بها ما بعدها ، لأن الأولى حصل فى مقابلتها عوض ، وهو قسطها من الألف ، فبانت بها ، وله ثلث الألف ، لأنه رضى بأن يوقعها بذلك ، مثل أن تقول : طلقنى بألف ، فيقول : أنت طالق بخمسمائة ، هكذا ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، ويحتمل أن يستحق الألف[4] ، لأنه أتى بمـا بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته ، كما لو قالت : رد عبدى بألف ، فرده [وهو] ينوى خمسمائة ، وإن لم ينو شيئاً استحق الألف بالأولى ، ولم يقع بها ما بعدها ، ويحتمل أن تقع الثلاث ، لأن الواو للجمع[5] ، ولا تقتضى ترتيباً ، فهو كقوله : أنت طالق ، ثلاثا بألف ، وكذلك لو قال لغير مدخول بها ، أو قال : أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . غير صحيح .
(٢) فى المخطوطة ١٨ . إيقاع ابتداء .
(٣) فى المخطوطة ١٨ : جاءت بعد البينونة .
(٤) فى المخطوطة ٣٩ : أنه يستحق الألف .
(٥) فى المخطوطة ١٨ : لمطلق الجمع .

٥٧٠٩ (فصـــــل)

وإذا قالت : طلقني بألف ، أو على أن لك ألفاً ، أو إن طلقتني فلك على ألف ، فقال : أنت طالق استحق الألف وإن لم يذكره ، لأن قوله جواب لما استدعته منه ، والسؤال معاد فى الجواب ، فأشبه ما لو قالت : بعنى عبدك بألف ، فقال : بعتكه . وإن قالت : اخلعنى بألف ، فقال : أنت طالق ، فإن قلنا الخلع طلقة بائنة وقع ، واستحق العوض ، لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، وإن قلنا : هو فسخ ، احتمل أن يستحق العوض أيضاً لأن الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينونتها وفيه زيادة نقصان العدد ، فأشبه ما لو قالت : طلقنى واحدة بألف ، فطلقها ثلاثا احتمل ألا يستحق شيئاً ، لأنها استدعت منه فسخا[1] فلم يجبها إليه، وأوقع طلاقاً ماطَلَبته ، ولا بذلت فيه عوضا ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا، لأنه أوقعه مبتدئا به غير مبذول فيه عوض ، فأشبه ما لو طلقها ابتداء ، ويحتمل ألا يقع ، لأنه أوقعه بعوض، فإذا لم يحصل العوض لم يقع ، لأنه كالشرط فيه ، فأشبه ما لو قال : إن أعطيتنى ألفاً فأنت طالق، وإن قالت : طلقنى بألف ، فقال : خلعتك ، فإن قلنا هو طلاق استحق الألف ، لأنه طلقها ، وإن نوى به الطلاق فكذلك ، لأنه كناية فيه ، وإن لم ينو الطلاق وقلنا : ليس بطلاق لم يستحق عوضا لأنه ما أجابها إلى مابذلت العوض فيه ، ولا يتضمنه ، لأنها سألته طلاقا ينقص به عدد طلاقه فلم يجبها إليه ، وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع ، لأنه إنما خالعها معتقداً لحصول العوض ، فإذا لم يحصل لم يصح ، ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض ، وفيه من الخلاف ما فيه .

٥٧١٠ (فصـــــل)

ولو قالت له : طلقنى عشراً بألف ، فطلقها واحدة أو اثنتين ، فلا شيء له ، لأنه لم يجبها إلى ماسألت،فلم يستحق عليها [ما بذلت] [2] . وإن طلقها ثلاثا استحق الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقنى ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة ، فطلقها واحدة استحق الألف ، لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود .

٥٧١١ (فصـــــل)

ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدةفقالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فقال : أنت طالق طلقتين ، الأولى بألف، والثانية بغير شيء ، وقعت الأولى ، واستحق الألف ، ولم تقع الثانية . وإن قال : الأولى بغير شيء وقعت وحدها ، ولم يستحق شيئا ، لأنه لم يجعل لها عوضا ، وكملت الثلاث . وإن قال : إحداها بألف ، لزمها الألف . لأنها طلبت منه طلقة بألف ، فأجابها إليها ، وزادها أخرى .

(١) فى المخطوطة ١٨:استدعت منه الفسخ . (٢) الزيادةمن المخطوطة١٨ : وفيها : مما بذلت .

٥٧١٢ (فصـــــل)

وإن قالت : طلقنى بألف إلى شهر ، أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، صح ذلك ، واستحق العوض ، ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا ، لأنه بعوض . وإن طلقها قبل مجىء الشهر طلقت ولا شىء له ، ذكره أبو بكر . وقال : روى ذلك عن أحمد علىّ بن سعيد ، وذلك لأنه إذ طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعى : إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها إلى شهر ، فطلقها بألف بانت ، وعليها مهر المثل . لأن هذا سلف فى طلاق ، فلم يصح ، لأن الطلاق لا يثبت فى الذمة ، ولأنه عقد تعلق بعين ، فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا : أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها ، فإذا طلقها استحقه ، كما لو لم يقل إلى شهر ، ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها ، فلم يستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت : لك ألف على أن تطلقنى أى وقت شئت من الآن إلى شهر ، صح فى قياس المسألة التى قبلها ، وقال القاضى : لا يصح ، لأن زمن الطلاق مجهول ، فإذا طلقها فله مهر المثل ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه طلقها على عوض لم يصح لفساده .

ولنا : ما تقدم فى التى قبلها ، ولا تضر الجهالة فى وقت الطلاق ، لأنه مما يصح تعليقه على الشرط ، فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعلة ، ولأنه لو قال : متى أعطيتنى ألفا فأنت طالق صح ، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ههنا ، فإن الجهالة ههنا فى شهر واحد وثم فى العمر كله ، وقول القاضى : له مهر المثل مخالف لقياس المذهب ، فإنه ذكر فى المواضع التى يفسد فيها العوض أن له المسمى ، فكذلك يجب أن يكون ههنا إن حكمنا بفساده ، والله أعلم .

٥٧١٣ (فصـــل)

إذا قال لها : أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ، ولا شىء عليها . لأنه لم يجعل له العوض فى مقابلتها ، ولا شرطا فيها ، وإنما عطف ذلك على طلاقها ، فأشبه مالو قال : أنت طالق وعليك الحج ، فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن له عوضا ، لأنه لم يقابله شىء ، وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة : ضمنت لك ألفا لم يصح ، لأن الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله إلى الوجوب ، وليس ههنا شىء من ذلك .

وذكر القاضى أنه يصح ، لأن ضمان مالم يجب يصح ، ولم أعرف لذلك وجها إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت له قبل طلاقها : ضمنت لك ألفا على أن تطلقنى ، فقال : أنت طالق وعليك ألف ، فإنه يستحق الألف . وكذلك إذ قالت : طلقنى ، طلقة بألف ، فقال : أنت طالق وعليك ألف ، وقع الطلاق وعليها ألف ، لأن قوله : أنت طالق يكفى فى صحة الخلع واستحقاق العوض ، وما وصل به تأكيد ، فإن اختلفا

فقال : أنت استدعيت منى الطلاق بالألف فأنكرته ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدمه ، فإذا حلفت برئت من العوض وبانت ، لأن قوله مقبول فى بينونتها ، لأنها حقه ، غيرمقبول فى العوض ، لأنه عليها ، وهذا مذهب الشافعى ، وأبى حنيفة . وإن قال . ما استدعيت منى الطلاق ، وإنما أنا ابتدأت فلى عليك الرجعة ، وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها ، فالقول قول الزوج ، لأن الأصل معه ، ولا يلزمها الألف ، لأنه لا يدعيه . وإن قال أنت طالق على الألف ، فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا ، كقوله أنت طالق وعليك ألف ، فإنه قال فى رواية مهنا فى الرجل يقول لامرأته : أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هى شيئا . فهى طالق يملك الرجعة ثانيا ، وقال القاضى فى المجرد : ذلك الشرط ، تقديره إن ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، فإن ضمنت له ألفاً وقع الطلاق بائناً ، وإلا لم يقع ، وكذلك الحكم إذا قال : أنت طالق على أن لى عليك[1] ألفا فقياس قول أحمد الطلاق يقع رجعيا ، ولا شىء له . وعلى قول القاضى : إن قبلت ذلك لزمها الألف ، وكان خُلعا ، وإلا لم يقع الطلاق ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهو (أيضاً)[2] ظاهر كلام الخرقى ، لأنه استعمل على بمعنى الشرط فى مواضع من كتابه منها قوله : وإذا أنكحها على ألا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها . وذلك على أن تستعمل بمعنى الشرط ، بدليل قول الله تعالى فى قصة شعيب : « إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ »[3] وقال : « فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ؟ »[4] وقال موسى : « هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِى مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْداً[5] ؟ » ولو قال[6] فى النكاح : زوجتك ابنتى على صداق كذا صح ، وإذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه ، وجرى مجرى قوله : أنت طالق إن أعطيتنى ألفاً ، أو ضمنت لى ألفاً ، ووجه الأول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط[7] وجعل عليها عوضاً لم تبذله ، فوقع رجعياً من غير عوض ، كما لو قال : أنت طالق ، وعليك ألف ، ولأن « على » ليست للشرط ، ولا للمعاوضة ، ولذلك لا يصح أن يقول : بعتك ثوبى على دينار .

٥٧١٤ (فصـــل)

وإذا قال : أنت طالق ثلاثا بألف ، فقالت : قبلت واحدة منها بألف ، وقع الثلاث ، واستحق الألف ، لأن إيقاع الطلاق إليه ، وإنما علقه بعوض يجرى مجرى الشرط من جهتها ، وقد وُجد الشرط فيقع الطلاق : وإن

---

(١) فى النسخ المطبوعة (على أن عليك) والصواب (على أن لى عليك ألفا) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢١٩ (ف)
(٢) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨ . (٣) سورة القصص : آية ٢٧ (٤) سورة الكهف آية ٩٤
(٥) سورة الكهف آية ٦٦ (٦) فى المخطوطة ٣٩ : وإذا قال .
(٧) فى المخطوطة ٣٩ ، من غير أن يعلقه بشرط .

قالت : قبلت بألفين وقع ولم يلزمها (الألف)[١] الزائد ، لأن القول لما أوجبه دون مالم يوجبه . وإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع ، لأن الشرط لم يوجد ، وإن قالت : قبلت واحدة من الثلاث بثلث الألف لم يقع ، لأنه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بألف ، وإن قال : أنت طالق طلقتين إحداهما بألف ، وقعت بها واحدة ، لأنها بغير عوض ، ووقعت الأخرى على قبولها ، لأنها بعوض .

٥٧١٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شىء معلوم كان الخلع واقعاً ، ويتبعها إذا عتقت بمثله إن كان له مثل ، وإلا فقيمته ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٥٧١٦ (أحـدها)

أن الخلع مع الأمة صحيح[٢] ، سواء كان بإذن سيدها أو بغير إذنه ، لأن الخلع يصح مع الأجنبى : فمع الزوجة أولى ، ويكون طلاقها على عوض بائنا ، والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء[٣] .

٥٧١٧ (الفصل الثانى)

أن الخلع إذا كان بغير إذن سيدها على شىء فى ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت ، لأنه رضى بذمتها ، ولو كان على عين فالذى ذكر الخرقى أنه يثبت فى ذمتها مثله ، أو قيمته إن لم يكن مثليا ، لأنها لا تملك العين ، وما فى يدها من شىء فهو لسيدها ، فيلزمها بدله كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً . وقياس المذهب ، أنه لا شىء له ، لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين ، فيكون راضيا بغير عوض ، فلا يكون له شىء ، كما لو قال : خالعتك على هذا المغصوب ، أو هـذا الحر ، وكذلك ذكر القاضى فى المجرد ، قال : هو كالخلع على المغصوب ، لأنها لا تملكها ، وهـذا قول مالك . وقال الشافعى : يرجع عليها بمهر المثل ، كقوله فى الخلع على الحر والمغصوب ، ويمكن حمل كلام الخرقى على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها فى هذا الخلع بهذه العين ، ولم تـكن صادقة ، أو جهل أنها لا تملك العين ، أو يكون اختاره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ، ويكون الرجوع عليها فى حال عتقها ، لأنه الوقت الذى تملك فيه ، فهى كالمعسر يرجع عليه فى حال يساره ، ويرجع بقيمته أو مثله ، لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق ، فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب .

---

(١) ساقطة من المخطوطة ٣٩ و ١٨ (٢) فى المخطوطه ١٨ أن خلع الأمة صحيح

(٣) فى المخطوطه ١٨ وخلعها كخلع الحرة سواء

٥٧١٨ (الفصل الثالث)

إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته ، هذا قياس المذهب ، كما لو أذن لعبـــده فى الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة ، وإن خالعت على معين بإذن السيد فى ملـكه ، وإن أذن فى قـدر[1] من المال فخالعت بأ كثر منه فالزيادة فى ذمتها ، وإن أطلق الإذن اقتضى الخلع بالمسمى لها ، فإن خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأ كثر منه تعلقت الزيادة بذمتها ، كما لو عين لها قدراً فخالعت بأ كثر منه وإن كانت مأذونا لها فى التجارة سلمت العوض مما فى يدها .

٥٧١٩ (فصـــــل)

والحـكم فى المـكاتبة كالحـكم فى الأمة (القن)[2] سواء . لأنهـا لا تملك التصـرف فيما فى يدها بتبرع وما لاحظ فيه ، وبذل المال فى الخلع لافائدة فيه من حيث تحصيل المال ، بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها ، وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض فى ذمتها ، يتبعها به بعد العتق ، وإن كان بإذن السيد سلمه مما فى يدها ، وإن لم يكن فى يدها شيء فهو على سيدها .

٥٧٢٠ (فصـــــل)

ويصح خلع المحجور عليها لفلس[3] ، وبذلها للعوض صحيح ، لأن لها ذمة يصح تصرفهـا فيها ، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت ، وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها فى حال حَجْرها[4] ، كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً فى ذمتها .

٥٧٢١ (فصـــــل)

فأما المحجور عليها لسفه أو صغر ، أو جنون فلا يصح بذل العوض منها فى الخلع ، لأنه تصرف فى المال ، وليس هى[5] من أهله ، وسواء أذن فيه الولى أو لم يأذن . لأنه ليس له الإذن فى التبرعات ، وهذا كالتبرع وفارق الأمة ، فإنها أهل التصرف ، ولهذا تصح منها الهبـة وغيرها من التصرفات بإذنه ، ويفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف . فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا فهو طلاق رجعى ، ولا يستحق عوضاً ، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ، ويحتمل ألا يقع الخلع ههنا ، لأنه إنما رضى به بعوض ، ولم يحصل له ، ولا أمكن الرجوع ببذله ، قال أصحابنا : ليس لولى هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن ، لأنه إنما يملك التصرف بمالها فيه الحظ ، وهذا لاحظ فيه ، بل فيه إسقاط نفقتهـا ومسكنها وبذل مالها ،

---

(١) فى النسخ المطبوعة (فى قدر المال) والصواب (فى قدر من المال) كما فى الشرح الـكبير ج ٨ص ١٨٣

(٢) ساقطه من المخطوطة ٣٩، ١٨

(٣) فى المخطوطه ١٨ ، لإفلاس

(٤) فى المخطوطه ٣٩ ، فى حال الحجر

(٥) فى المخطوطه ٣٩ ، وليست هى

ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فيه ، ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها ، وتخاف منه على نفسها وعقلها ، ولذلك لم يعد بذل المال فى الخلع تبذيراً ولا سفها ، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها ، كما يجوز بذله فى مداولتها وفكها من الأسر ، وهذا مذهب مالك ، والأب وغيره من أوليائها فى هذا سواء . وإن خالعها بشيء من ماله جاز ، لأنه يجوز من الأجنبي ، فمن الولى أولى .

٥٧٢٢ (فصـــل)

إذا قال الأب : طلق ابنتى وأنت برىء من صداقها ، فطلقها ، وقع الطلاق رجعياً ، ولم يبرأ من شيء ، ولم يرجع على الأب ، ولم يضمن له ، لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه ، فأشبه الأجنبي . قال القاضى : وقد قال أحمد : إنه يرجع على الأب ، قال : وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن إبراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه ، لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة .

وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعياً . لأنه خلا عن العوض ، وفى الموضع الذى يرجع عليه يقع الطلاق بائناً ، لأنه بعوض . فإن قال الزوج : هى طالق إن أبرأتنى من صداقها ، فقال : قد أبرأتك ، لم يقع الطلاق ، لأنه لا يبرأ . وروى عن أحمد : أن الطلاق واقع ، فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هى طالق إن[1] أبرأتنى من صداقها لم يقع ، لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها ، وعلى الدَّرك[2] فطلقها ، طلقت بائنا ، لأنه بعوض ، وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ، ولا يملك الألف ، لأنه ليس له بذلها .

٥٧٢٣ (فصـــل)

وإن قال لامرأتيه : أنتما طالقتان بألف إن شئتما ، فقالتا : قد شئنا ، وقع الطلاق بهما بائناً ، ولزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما . وإن شاءت إحداهما دون الأخرى لم يطلق واحدة منهما ، لأنه جعل ماشئتما صفة فى طلاق كل واحدة منها ، ويخالف هذا ما لو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بعوضه ، لأنه لم يجعل فى طلاقها شرطاً ، وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعاً ، فيتعلق الحكم بقولها : قد شئنا ، لفظا ، لأن ما فى القلب لا سبيل إلى معرفته ، فلو قال الزوج : ما شئتما وإنما قلتما ذلك بألسنتكما ، أو قالتا : ما شئنا بقلوبنا لم يقبل .

---

(١) فى النسخ المطبوعه (إن برئت) والصواب (أبرأتنى) كما فى الشرح الكبير جـ ٧ صـ ٢٢١

(٢) الدرك : التبعه والضمان

فإذا ثبت هذا : فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما فى الصحيح من المذهب ، وهو قول ابن حامد ، ومذهب أهل الرأى ، وأحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها[1] وعلى قول أبى بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين : وأصل هذا فى النكاح : إذا تزوج اثنتين بصداق واحد ، وقد ذكرناه فى موضعه ، فإن كانت إحداهما رشيدة والأخرى محجوراً عليها لسفه فقالتا : قد شئنا ، وقع الطلاق عليهما ، ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ، ووقع طلاقها بائناً ، ولا شىء على المحجور عليها ، ويكون طلاقها رجعياً ، لأن لها مشيئة ، ولكن الحجر منع[2] صحة تصرفها ونفوذه ، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه فى النكاح ، وفيما تأكله ، وكذلك إن كانت غير بالغة[3] إلا أنها مميزة ، فإن لها مشيئة صحيحة[4] ، ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا ، وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ، ولم يقع الطلاق ، وفى كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض فى أحد الوجهين ، وفى الآخر نصفه . وإن قالت له امرأتاه : طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منها نصفه وجهاً واحداً ، وإن طلق إحداهما وحدها فعليها نصف الألف . وإن قالتا : طلقنا بألف فطلقهما ، فالألف عليهما على قدر صداقيهما فى أصح الوجهين ، وإن طلق إحداهما فعليها حصتها منه ، وإن كانت إحداهما غير رشيدة فطلقهما فعلى الرشيدة حصتها من الألف ، ويقع طلاقها بائناً ، وتطلق الأخرى طلاقاً رجعياً ، ولا شىء عليها .

٥٧٢٤ (فصـــــل)

ويصح الخلع مع الأجنبى بغير إذن المرأة ، مثل أن يقول الأجنبى للزوج ، طلق امرأتك بألف علىّ وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور : لا يصح لأنه سفه ، فإنه يبذل عوضاً فى مقابلة ما لا منفعة له فيه ، فإن الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علىّ .

ولنا : أنه بذل مال فى مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال : أعتق عبدك وعلىّ ثمنه ، ولأنه لو قال : أَلْقِ متاعك فى البحر وعلىّ ثمنه صح ، ولزمه ذلك ، مع أنه لا يُسْقِط حقاً عن أحد ، فههنا أولى ، ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض ، فجاز لغيرها كالدَّيْن . وفارق البيع ، فإنه تمليك ، فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك ، وإن قال : طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له ، صح ويرجع عليه بمهرها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : مهر المثل .

(٢) فى النسخ المطبوعة (مع صحة) والصواب (منع صحة) كما فى الشرح الكبير ٨ ص ٢١٧ ف .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : إن كانت صغيرة (٤) فى المخطوطه ٣٩ : فإن مشيئتها صحيحة .

٥٧٢٥ (فصـــــل)

وإن قالت له امرأته : طلقنى وضرتى بألف ، فطلقهما ، وقع الطلاق بهما بائناً ، واستحق الألف على باذلته . لأن الخلع مع الأجنبي جائز . وإن طلق إحداهما فقال القاضى : تطلق طلاقا بائناً ، ولزم الباذلة بحصتها من الألف ، وهذا مذهب الشافعى ، إلا أن بعضهم قال : يلزمها مهر مثل المطلقة ، وقياس قول أصحابنا — فيما إذا قالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ، ووقعت بها التطليقة — لا يلزم الباذلة ههنا شيء ، لأنه لم يجبها إلى ما سألت ، فلم يجب عليها ما بذلت ، ولأنه قد يكون غرضها فى بينونتهما جيمعاً منه ، فإذا طلق إحداهما لم يحصل غرضها ، فلا يلزمها عوضها .

٥٧٢٦ (فصـــــل)

وإن قالت : طلقنى بألف على أن تطلق ضرتى ، أو على ألا تطلق ضرتى ، فالخلع صحيح ، والشرط والبذل لازم ،وقال الشافعى : الشرط والعوض باطلان ، ويرجع إلى مهر المثل ، لأن الشرط سلف فى الطلاق ، والعوض بعضه فى مقابلة الشرط الباطل ، فيكون الباقى مجهولا . وقال أبو حنيفة : الشرط باطل ، والعوض صحيح ، لأن العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا : أنها بذلت عوضاً فى طلاقها وطلاق ضرتها فصح ، كما لو قالت : طلقنى وضرتى بألف .

فإن لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسمى أو الألف الذى شرطته ، ويحتمل ألا يستحق شيئاً من العوض ، لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد ، فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض .

٥٧٢٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز ، وهو لسيده ﴾

جملة ذلك : أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه ، لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء ، فلأن يملكه محصلا للعوض أولى ، والعبد يملك الطلاق فملك الخلع .

وكذلك المكاتب والسفيه ، وفى الصبى المميز وجهان بناء على صحة طلاقه . ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه[1] ، لأنه ليس من أهل التصرف ، فلا حكم لكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده . لأنه من اكتسابه واكتسابه لسيده ، وسائر من ذكرنا العوض لهم ، ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولى المحجور عليه ، لأن العوض فى خلع العبد ملك لسيده ، فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه وولى المحجور عليه هو : الذى يقبض حقوقه وأمواله ، وهذا من حقوقه . وأما المكاتب فيدفع العوض إليه ، لأنه هو الذى يتصرف لنفسه .

(١) فى المخطوطة ١٨ لا يصح منه الخلع .

وقال القاضي : يصح قبض العبد والمحجورعليه للعوض ، لأن من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس ، واحتج بقول أحمد : ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده ، وإن استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء ، والمحجور عليه فى معنى العبد ، والأولى ألا يجوز ، لأن العوض فى الخلع لسيد العبد ، فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكه ، والعوض فى خلع المحجور عليه ملك له ، إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه ، لأن الحجر أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه إليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه ، فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته ، وهى ملك للسيد ، فلا فائدة فى الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وإن أسلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ ، فإن أخذه الولى منه برئت . وإن أتلفه أو أتلفَ كان لوليه الرجوع عليها به .

٥٧٢٨ (فصــــل)

وقد توقف أحمد فى طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك فقال : قد اختلف فيه ، وكأنه رآه . قال أبو بكر : لم يبلغنى فى هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر ، فيخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء ، وقتادة ، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه ، رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو : أن المعتوه إذا عبث بأهله طلّق عليه وليه[1] ، قال عمرو بن شعيب : وجدنا ذلك فى كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه ، فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير .

والقول الآخر : لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه ، وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذى يحل له الفرج ، ولأنه إسقاط لحقه ، فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة[2] ، فلم يدخل فى الولاية . والقول فى زوجة عبده الصغير كالقول فى زوجة ابنه الصغير ، لأنه فى معناه .

٥٧٢٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا خالعت المرأة فى مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع ، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة ﴾

وجملة الأمر : أن المخالعة فى المرض صحيحة[3] ، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة ، أو هما

(١) فى المخطوطة ١٨ : طلق عليه الولى . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : ولأنه طريق الشهوة .

(٣) فى المخطوطة ١٨ أن الخلع فى المرض صحيح .

جميعا ، لأنه معاوضة ، فصح فى المرض كالبيع ، ولا نعلم فى هذا خلافا . ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثورى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن حَابَتْهُ فمن الثلث ، لأنه ليس بوارث لها ، فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبى ، وعن مالك كالمذهبين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها . وقال الشافعى : إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث .

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه ، واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة فى أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له . وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه ، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع ، وله جميع ما خالعها به ، لأنا تبينا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع فى غير مرض الموت كالخلع فى الصحة .

٥٧٣٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعها فى مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثه ألا يعطوها أكثر من ميراثها ﴾ .

أما خلعه لزوجته فلا إشكال فى صحته ، سواء كان بمهر مثلها ، أو أكثر أو أقل ، ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولى ، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء . فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ، ولم تنتقل إلى ورثته . فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ، لأنه لا تهمة فى أنه أبانها ليعطيها ذلك ، فإنه لو لم يُبِنْها لأخذته بميراثها ، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك ، لأنه اتهم فى أنه قصد إيصال ذلك إليها ، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهى فى حباله ، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه ، كما لو أوصى لوارث .

٥٧٣١ (فصـــل)

وإذا خالع امرأته على نفقة عدتها فحكى عن أحمد وأبى حنيفة : أنه يجوز ذلك ، وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملا ، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه ، فلا تصح عوضا . وقال الشافعى : لا تصح النفقة عوضا ، فإن خالعها به وجب مهر المثل ، لأن النفقة لم تجب ، فلا يصح الخلع كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها .

ولنا : أنها إحدى النفقتين ، فصحت المخالعة عليها ، كنفقة الصبى فيما إذا خالعته على كفالة ولده

وقتاً معلوما ، وقولهم : إنها لم تجب ممنوع ، فإنه قد قيل : إن النفقة تجب بالعقد ، ثم إنها إن لم تجب فقد وُجِد سبب وجوبها كنفقة الصبى ، بخلاف عوض ما يتلفه .

٥٧٣٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أو أحدهما لا يرجع عليها بشيء ﴾

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز ، سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب ، لأن كل من ملك الطلاق مالك المعاوضة عليه كالمسلم ، فإن خالعها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين ، وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا إلينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ، ولم يعرض له ولم يزده ، ولا يبقى له عليها شيء ، كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما ، أو تبايعا خمراً ، أو تقابضا ثم أسلما ، وإن كان إسلامهما أو ترافُعُهما قبل القبض لم يُمْضِه الحاكم ، ولم يأمر بإقباضه ، لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً لمسلم[1] ، أو من مسلم ، فلا يأمر الحاكم بإقباضه .

قال القاضى فى الجامع : ولا شيء له ، لأنه رضى منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر ، وقال فى المجرد : يجب مهر المثل ، وهو مذهب الشافعى ، لأن العوض فاسد ، فيرجع إلى قيمة المتلف ، وهو مهر المثل ، وكلام الخرقى يدل بعمومه على أنه يجب له شيء ، لأن تخصيصه حالة القبض بنفى الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض .

والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالا ، فإذا رضى به عوضا فقد رضى بالخلع بغير مال ، فلم يكن له شيء . والمشرك يعتقده مالا ، فلم يرض بالخلع بغير عوض ، فيكون العوض واجباً ، كما لو خالعها على حرٍّ يظنه عبداً ، أو خمراً يظنه خلا . وإذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضى أنه مهر المثل ، كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما ، وعلى ما عللنا به يقتضى وجوب قيمة ما سمى لها[2] على تقدير كونه مالا ، فإنه رضى بمالية ذلك[3] ، فيكون له قدره من المال . كما لو خالعها على خمر يظنه خلا ، وإن حصل القبض فى بعضه دون بعض . سقط ما قبض ، وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة ، والأصل فيه قول الله تعالى : « وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِين »[4] .

٥٧٣٣ (فصــــــل)

ويصح التوكيل فى الخلع من كل واحد من الزوجين ، ومن أحدهما منفرداً ، وكل من صح أن يتصرف بالخلع بنفسه جاز توكيله ووكالته ، حراً كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : أن يكون عوضا للمسلم

(٢) فى المخطوطه ١٨ قيمه المسمى لها .

(٣) فى المخطوطه: ١٨ رضى بماليته .

(٤) سورة البقرة آية ٢٧٨ .

محجوراً عليه أو رشيداً ، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع ، فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه كالحر الرشيد ، وهذا مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافا .

ويكون توكيل المرأة فى ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق ، وتقدير العوض ، وتسليمه . وتوكيل الرجل فى ثلاثة أشياء : شرط العوض، وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع . ويجوز التوكيل مع تقدير العوض، ومن غير تقدير ، لأنه عقد معاوضة ، فصح كذلك كالبيع والنكاح ، والمستحب التقدير ، لأنه أسلم من الغرر ، وأسهل على الوكيل ، لاستغنائه عن الاجتهاد ، فإن وكل الزوج لم يَخلُ من حالين .

أحدهما : أن يقدر له العوض [فإن] خالع [1] به أو بما زاد صح ، ولزم المسمى ، لأنه فعل ما أمر به وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح الخلع ، وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعى ، لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله فى خلع امرأة فخالع أخرى ، ولأنه لم يأذن له فى الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبى . والثانى . يصح ، ويرجع على الوكيل بالنقص ، وهذا قول أبى بكر ، لأن المخالفة فى قدر العوض [2] لا تبطل الخلع كحالة الإطلاق ، والأول أولى ، وأما إن خالف فى الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخالع على عبد أو بالعكس ، أو يأمره بالخلع حالا فخالع بعوض نسيئة ، فالقياس : أنه لا يصح ، لأنه مخالف لموكله فى جنس العوض ، فلم يصح تصرفه كالوكيل فى البيع ، ولأن ماخالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه ، وفارق المخالفة فى القدر ، لأنه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل وقال القاضى : القياس أن يلزم الوكيل القدر الذى أذن فيه ، ويكون له ما خالع قياساً على المخالفة فى القدر ، وهذا يبطل بالوكيل فى البيع ، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح . كما لو لم يوكله فى شىء ، ولأنه يفضى إلى أن يملك عوضاً ما ملكته إياه المرأة ، ولا قصد هو تملكه ، وتتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه ، وأما المخالفة فى القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضا لما قدمناه .

والحال الثانى : إذا أطلق الوكالة فإنه يقتضى الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد ، فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيراً وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما اذا قدر له العوض فخالع بدونه . وذكر القاضى احتمالين آخرين .

أحدهما : أن يسقط المسمى ، ويجب مهر المثل . لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه [3] .

والثانى : أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له ، وبين ردِّه وله الرجعة ، وإن خالع

---

(١) فى المطبوعة فخالع به ، وقد اخترنا مافى المخطوطة ٣٩ . لأنه أوضح ،ويقتضيه السياق .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : فى مقدار العوض

(٣) فى المخطوطة ٣٩. بما لا إذن له فيه .

بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين عوضا فخالع بغير جنسه ، وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ، ولم يقع الطلاق[1] لأنه غير مأذون له فيه ، إنما أذن له فى الخلع ، وهو إبانة المرأة بعوض ، وما أتى به ، وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه . ذكره القاضى فى المجرد وهو مذهب الشافعى ، وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر فى الجامع : أن الخلع يصح ، ويرجع على الوكيل بالمسمى ، ولاشيء على المرأة ، هذا إذا قلنا الخلع بلا عوض يصح ، وإن قلنا : لا يصح ، لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق ، فيقع طلقة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح ، فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح ، فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق ، فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع ، وإنما يقبل ، ولأن وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ، ووكيل الزوجة يخلصها منه ، فلا يلزم من الصحة فى موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة فى موضع يفوته عليه ،ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذى قدرته له صح ولزمها ، ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذى قدره له لم يلزمه .

وأما وكيل الزوجة فله حالان .

أحدهما : أن تقدر له العوض ، فمتى خالع به فما دونه صح[2] ولزمها ذلك ، لأنه زادها خيراً ، وإن خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة ، لأنها لم تأذن فيها ، ولزم الوكيل ، لأنه التزمه للزوج ، فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال . وقال القاضى فى المجرد عليها مهر مثلها ، ولا شيء على وكيلها لأنه لايقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ، ولعل هذا مذهب الشافعى ، والأولى أنه لايلزمها أكثر مما بذلته. لأنها ما التزمت أكثر منه ، ولا وجد منها تغرير للزوج ، ولا ينبغى أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل ، لأنه رضى بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم ، فلم يكن له أكثر منه ، كما لو بذلته المرأة .

الثانى : أن يُطْلِقَ الوكالة ، فيقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد ، فإن خالعها بذلك فما دون صح ولزمها ، وإن خالعها بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على مامضى من القول فيه .

٥٧٣٤ (فصـــــل)

إذا اختلفا فى الخلع فادعاه الزوج ، وأنكرته المرأة ، بانت بإقراره ، ولم يستحق (عليها[3]) عوضا ، لأنها منكرة وعليها اليمين ، وإن ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ، ولا يستحق عليها عوضا ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ لا يصح الخلع ولا يقع الطلاق . (٢) فى المطبوعة ، فما دون ، وما اخترناه من المخطوطه١٨أوضح (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨ ، ٢٠

لأنه لا يدعيه ، فإن اتفقا على الخلع ، واختلفا فى قدر العوض أو جنسه ، أو تأجيله ، أو صفته ، فالقول قول المرأة ، حكاه أبو بكر نصاً عن أحمد ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . وذكر القاضى رواية أخرى عن أحمد : أن القول قول الزوج ، لأن البضع يخرج من ملكه ، فكان القول قوله فى عوضه . كالسيد مع مكاتبته . وقال الشافعى : يتحالفان ، لأنه اختلاف فى عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا فى الثمن .

ولنا : أنه أحد نوعى الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا فى قدره ، ولأن المرأة منكرة للزيادة فى القدر أو الصفة ، فكان القول قولها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « اليمين على المدعى عليه[1] » وأما التحالف فى البيع فيُحتاج إليه لفسخ العقد ، والخلع فى نفسه فسخ فلا يفسخ ، وإن قال : خالعتك بألف فقالت : إنما خالعك غيرى بألف فى ذمته بانت ، والقول قولها فى نفى العوض عنها ، لأنها منكرة له ، وإن قالت : نعم ، ولكن ضمنها لك أبى أو غيره[2] لزمها الألف ، لإقرارها به ، والضمان لا يبرىء ذمتها . وكذلك إن قالت : خالعتك على ألف يزنه لك أبى ، لأنها اعترفت بالألف ، وادعت على أبيها دعوى ، فقبل قولها على نفسها ، دون غيرها ، وإن قال : سألتنى طلقة بألف ، فقالت : بل سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى واحدة بانت بإقراره والقول قولها فى سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الألف ، بناء على أصلهم فيما إذا قالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فطلقها واحدة ، أنه يلزمها ثلث الألف ، وإن خالعها على ألف فادعى أنها دنانير ، وقالت : بل هى دراهم ، فالقول قولها ، لما ذكرنا فى أول الفصل . ولو قال أحدهما : كانت دراهم قراضة ، وقال الآخر : مطلقة ، فالقول قولها إلا على الرواية التى حكاها القاضى ، فإن القول قول الزوج فى هاتين المسألتين . وإن اتفقا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد . وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه . وإن اختلفا فى الإرادة كان حكمها حكم المطلقة ، يرجع إلى غالب نقد البلد . وقال القاضى : إذا اختلفا فى الإرادة وجب المهر المسمى فى العقد ، لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا ، فيجب المسمى فى النكاح ، والأول أصح ، لأنهما لو أطلقا لصحت التسمية[3] ، ووجب الألف من غالب نقد البلد ، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض ، فكذلك إذا اختلفا ، ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل ، كعبد مطلق ، وبعير ، وفرس والجهالة ههنا أقل ، فالصحة أولى .

---

(١) سبق تخريجه فى ص ١٨٥

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : أو غير أبى .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ صحت التسمية .

٥٧٣٥ (فصـــــل)

إذا علق طلاق امرأته بصفة ، ثم أبانها بخلع أو طلاق ، ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طلقت ، ومثاله ، إذا قال : إن كلمت أباك فأنت طالق ، ثم أبانها بخلع ، ثم تزوجها ، فكلمت أباها ، فإنها تطلق . نص عليه أحمد . فأما إن وجدت الصفة فى حال البينونة ثم تزوجها ، ثم وجدت مرة أخرى ، فظاهر المذهب أنها تطلق . وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق . نص عليه فى العتق ، فى رجل قال لعبده : أنت حر إن دخلت الدار ، فباعه ثم رجع ، يعنى فاشتراه ، فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق ، وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه ، فإن دخل عتق . فإذا نص فى العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون فى الطلاق مثله ، بل أولى ، لأن العتق يتشوف الشرع إليه[1] ، ولذلك قال الخرقى : وإذا قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ، لم تطلق إن تزوجها ، ولو قال : إن ملكت فلانا فهو حر ، فملكه صار حراً ، وهذا اختيار أبى الحسن التميمى . وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة فى حال البينونة . هذا مذهب مالك ، وأبى حنيفة ، وأحد أقوال الشافعى . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار ، فطلقها ثلاثا ، ثم نكحت غيره ، ثم نكحها الحالف ، ثم دخلت الدار ، أنه لا يقع عليها الطلاق . وهذا على مذهب مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لأن إطلاق الملك يقتضى ذلك ، فإن أبانها دون الثلاث فوُجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه فى قولهم . وإن لم توجد الصفة فى البينونة ثم نكحها لم تنحل فى قول مالك ، وأصحاب الرأى ، وأحد أقوال الشافعى . وله قول آخر : لا تعود الصفة بحال ، وهو اختيار المزنى ، وأبى إسحاق . لأن الإيقاع وجد قبل النكاح ، فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها ، فإنه لا خلاف فى أنه لو قال لأجنبية : أنت طالق إذا دخلت الدار ، ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق ، وهذا فى معناه . فأما إذا وجدت الصفة فى حال البينونة انحلت اليمين ، لأن الشرط وجد فى وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، فسقطت اليمين ، وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد .

ولنا : أن عقد الصفة ووقوعها وجدا فى النكاح ، فيقع كما لو لم يتخلله بينونة ، أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك ، وأبى حنيفة . ولم تفعل الصفة ، وقولهم : إن هذا طلاق قبل نكاح ، قلنا : يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث . وقولهم . تنحل الصفة بفعلها ، قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به ، وذلك لأن اليمين حل وعقد ، ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك ، فكذلك حلها ، والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها ، فلا تنحل اليمين ، وأما العتق ففيه روايتان .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . يتشوق إليه الشرع .

إحداهما : أن العتق كالنكاح فى أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه ، فيكون كمسألتنا .

والثانية : تنحل ، لأن الملك الثانى لا يبنى على الأول فى شىء من أحكامه . وفارق النكاح ، فإنه يبنى على الأول فى بعض أحكامه وهو عدد الطلاق ، فجاز أن يبنى عليه فى عود الصفة ، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق ، والحيل خداع لا تحل ما حرم الله ، فإن ابن ماجه ، وابن بطة رويا بإسنادهما عن أبى موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك ، قد راجعتك قد طلقتك » . وفى لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك ، طلقتك راجعتك » . وروى بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » .

٥٧٣٦ (فصـــــل)

فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثانى ، مثل أن قال : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثا، ثم أبانها فأكلته ، ثم نكحها لم يحنث ، لأن حنثه بوجود الصفة فى النكاح الثانى ، وما وجدت ، ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة ، لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

كتاب الطلاق*

الطلاق : حل قيد النكاح ، وهو مشروع ، والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »[1] وقال تعالى « يأَيُّهَا النَّبِيُّ إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ »[2]

وأما السنة فما روى ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مُرْهُ فليراجعها ، ثم ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء» . متفق عليه فى آى وأخبار سوى هذين كثير .

وأجمع الناس على جواز الطلاق ، والعبرة دالة على جوازه ، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين ،فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة ، وضرراً ، مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى ، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة ، من غير فائدة ، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح ، لتزول المفسدة الحاصلة منه .

٥٧٣٧ (فصـــل)

والطلاق على خمسه أضرب [واجب] وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة ، وطلاق الحكمين فى الشقاق إذا رأيا ذلك

ومكروه ، وهو الطلاق من غير حاجة إليه . وقال القاضى فيه روايتان .

إحـــداهما : أنه محرم ، لأنه ضرر بنفسه وزوجته ، وإعدام المصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه ، فكان حراما كاتلاف المال ، ولقول النبى صلى الله عليه وسلم[3] « لاضرر ولا ضرار » .

والثانية : أنه مباح ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم » أبغض الحلال إلى الله الطلاق[4] » وفى لفظ :

(*) قال أبو البقاء فى النكت على المفصل : التطليق مصدر أطلقت المرأة تطليقا ،ثم وضعوا الطلاق وهواسم المصدر موضع المصدر حتىأوقعوا التطليق به . فلو قال : أنتالطلاق ، وأنت ذاتطلاق ، أو على الطلاق جرى مجرىالتطليق فأما اسم الفاعل منه فهو قولهم أنت طالق . والفعل المأخوذ منه طلقت مثل ضربت .ولكن لم يؤنثه فيقول : طالقة مع جوازه لأن المعنى على النسب أىأنت ذاتطلاق كماقالوا :لابن وتامر أىذو لبنوتمر وإنما دعاإلىهذا التقرير أنك لا تقول: لبن وتمر فهو لابن وتامر . ومن الناس من قال : هو مختص بالنساء فلا يحتاج إلى الفرق.هامش : ١٨ .

(١) سورة البقرة آية٢٢٩ (٢) سورة الطلاق الآية١ .

(٣) لا ضرر ولا ضرار . أخرجه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس (ف)

(٤) أخرجه أبو داود وابن ماجه والحاكم عن ابن عمر(ف)

« ماأحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق » . رواه أبو داود . وإنما يكون مبغوضاً من غير حاجة إليه ، وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حلالا ، ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروهاً .

والثالث : مباح ، وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة ، ولسوء عشرتها ، والتضرر بها من غير حصول الغرض بها .

والرابع : مندوب إليه ، وهو عند تفريط المرأة فى حقوق الله الواجبة عليها ، مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها عليها ، أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحمد : لا ينبغى له إمساكها ، وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ، ولا يأمن إفسادها فراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه ، ولا بأس بعضلها فى هذه الحال ، والتضييق عليها لتفتدى منه : قال الله تعالى « ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إلاَّ أَنْ يَأْتِين بِفَاحِشَة مُبَيِّنه »[1] ويحتمل أن الطلاق فى هذين الموضعين واجب، ومن المندوب إليه الطلاق فى حال الشقاق وفى الحال التى تحوج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

وأما المحظور فالطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه. أجمع العلماء فى جميع الأمصار وكل الأعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة،لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله.قال الله تعالى: « فَطلقوهنَّ لعدتهن[2] » وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء[3] . وفى لفظ رواه الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهى حائض ، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين[4] عند القُرْأين ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ، ما هكذا أمرك الله ، إنك أخطأت السنة ، والسنة : أن تستقبل الطهر ، فتطلق لكل قرء » . ولأنه إذا طلق فى الحيض طوّل العدة عليها ، فإن الحيضة التى طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذى بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض . وإذا طلق فى طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم ، وتكون مرتابة لا تدرى أتعتد بالحمل أو الأقراء ؟

٥٧٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وطلاق السنة : أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ﴾

---

(١) سورة النساء آية ١٩ (٢) سورة الطلاق آية ١ (٣) أخرجه البخارى عن ابن عمر (ف)

(٤) لفظ الدارقطنى ص ٤٣٨ طبع الهند (أخريين) (ف)

معنى طلاق السنة : الطلاق الذى وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم فى الآية والخبرين المذكورين ، وهو الطلاق فى طهر لم يصبها فيه ، ثم يتركها حتى تنقضى عدتها . ولا خلاف فى أنه إذا طلقها فى طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضى عدتها أنه مصيب للسنة ، مطلق للعدة التى أمر الله بها . قاله ابن عبد البر ، وابن المنذر .

وقال ابن مسعود : طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال فى قوله تعالى: «فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» قال : طاهراً من غير جماع ، ونحوه عن ابن عباس ، وفى حديث ابن عمر الذى رويناه : « ليتركها[1] حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » . فأما قوله : ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، فمعناه أنه لا يتبعها طلاقا آخر ، قبل قضاء عدتها .

ولو طلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد ، قال أحمد : طلاق السنة واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو عبيد . وقال أبو حنيفة والثورى : السنة أن يطلقها ثلاثا فى كل قرء طلقة ، وهو قول سائر الكوفيين . واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبى صلى الله عليه وسلم : « راجعها ، ثم امسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر » . قالوا وإنما أمره بإمساكها فى هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل ، فإذا مضى ومضت الحيضة التى بعـــده أمره بطلاقها . وقوله فى حديثه الآخر : «والسنة أن يستقبل الطهر ، فيطلق لـكل قرء » .

وروى النسائى بإسناده عن عبد الله قال : « طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهى طاهر فى غير جماع ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة » .

ولنا : ماروى عن على رضى الله عنه أنه قال : « لا يطلق أحد للسنة فيندم » رواه الأثرم ، وهذا إنما يحصل فى حق من لم يطلق ثلاثا . وقال ابن سيرين : إن عليا كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ، يطلقها تطليقة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا ، فمتى شاء راجعها » رواه النجاد بإسناده .

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : « طلاق السنة أن يطلقها وهى طاهر ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها أو يراجعها إن شاء » فأما حديث ابن عمر الأول فلا حجة لهم فيه ، لأنه ليس فيه جمع الثلاث . وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يـكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها

(١) أخرجه البخارى عن ابن عمر بهذا اللفظ غير أنه قال « ليمسكها» بدل (ليتركها) (ف) .

كان للسنة على كل حال ، حتى قد قال أبو حنيفة : لو أمسكها بيده لشهوة ، ثم والى بين الثلاث ، كان مصيبا للسنة ، لأنه يكون مرتجعا لها ، والمعنى فيه : أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى ، فصارت كأنها لم توجد ، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى ، إذا احتاج إلى فراق امرأته ، بخلاف ما إذا لم يرتجعها ، فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها ، فافترقا ، ولأن ماذكروه إرداف طلاق من غير ارتجاع ، فلم يكن للسنة ، كجمع الثلاث فى طهر واحد ، وتحريم المرأة لا يزول إلا بزوج وإصابة من غير حاجة ، فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

٥٧٣٩ (فصـــل)

فإن طلق للبدعة ، وهو أن يطلقها حائضا ، أو فى طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه فى قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : لم يخالف فى ذلك إلا أهل البدع والضلال . وحكاه أبو نصر عن ابن علية ، وهشام بن الحكم ، والشيعة . قالوا : لا يقع طلاقه ، لأن الله تعالى أمر به فى قُبُل[1] العدة[2] ، فإذا طلق فى غيره لم يقع ، كالوكيل إذا أوقعه فى زمن أمره موكله بإيقاعه فى غيره .

ولنا : حديث ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها . وفى رواية الدار قطنى قال : فقلت يارسول الله ، أفرأيت لو أنى طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال : « لا ، كانت تبين منك ، وتكون معصية » . وقال نافع : وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه ، وراجعها كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر : أفتعتد عليه ، أو تحتسب عليه ؟ قال نعم ، أرأيت إن عجز واستحمق ؟ وكلها أحاديث صحاح ، ولأنه طلاق من مكلف فى محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ، ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة ، بل هو إزالة عصمة ، وقطع ملك ، فإيقاعه فى زمن البدعه أولى تغليظا عليه ، وعقوبة له ، أما غير الزوج فلا يملك الطلاق ، والزوج يملكه بملكه محله .

٥٧٤٠ (فصـــل)

ويستحب أن يراجعها لأمر النبى صلى الله عليه وسلم بمراجعتها[3] ، وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذى حرم الطلاق ، ولا يجب ذلك فى ظاهر المذهب ، وهو قول الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وابن أبى ليلى ، وأصحاب الرأى . وحكى ابن أبى موسى ، عن أحمد ، رواية أخرى :

(١) قبل العدة : بضم القاف والباء أى فى أول الطهر حيث يمكنها الدخول فى العدة والشروع فيها (ف)

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : مستقبلا للعدة .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : بالمراجعة .

أن الرجعة تجب ، واختارها ، وهو قول مالك ، وداود ، لظاهر الأمر فى الوجوب ، لأن الرجعة تجرى مجرى استبقاء النكاح ، واستبقاؤه ههنا واجب ، بدليل تحريم الطلاق ، ولأن الرجعة إمساك للزوجة ، بدليل قوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف »(١) ، فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق . وقال مالك ، وداود : يجبر على رجعتها : قال أصحاب مالك : يجبر على رجعتها ما دامت فى العدة ، إلا أشهب ، قال : ما لم تطهر ثم تحيض ، ثم تطهر ، لأنه لا يجب عليه إمساكها فى تلك الحال ، فلا يجب عليه رجعتها فيه .

ولنا : أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه ، كالطلاق فى طهر مسها فيه ، فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب ، حكاه ابن عبدالبر عن جميع العلماء . وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة . وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا .

٥٧٤١ (فصـــل)

فإن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر ، واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ، ثم تطهر على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث عمر الذى رويناه : قال ابن عبد البر : ذلك من وجوه عند أهل العلم .

منها : أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء ، لأنه المبغى من النكاح ، ولا يحصل الوطء إلا فى الطهر ، فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر ، واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته .

ومنها : أن الطلاق كره فى الحيض لتطويل العدة ، فلو طلقها عقب الرجعة من غير وطء كانت فى معنى المطلقة قبل الدخول ، وكانت تبنى على عدتها ، فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع حكم الطلاق بالوطء ، واعتبر الطهر الذى هو موضع الوطء ، فإذا وطىء حرم طلاقها ، حتى تحيض ثم تطهر . وقد جاء فى حديث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مره أن يراجعها ، فإذا طهرت مسها ، حتى إذا طهرت أخرى ، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر .

ومنها : أنه عوقب على إيقاعه فى الوقت المحرم ، بمنعه منه فى الوقت الذى يباح له . وذكر غير هذا . فإن طلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة . وقال أصحاب مالك : لا يطلقها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، على ما جاء فى الحديث .

ولنا : قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن(٢) » وهذا مطلق للعدة ، فيدخل فى الأمر ، وقد روى يونس بن جبير ، وسعيد بن جبير ، وابن سيرين ، وزيد بن أسلم ، وأبو الزبير ، عن ابن عمر ، أن رسول

(١) سورة البقرة آية ٢٣١ (٢) سورة الطلاق آية ١

الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى تطهر ، ثم إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، ولم يذكروا تلك الزيادة . وهو حديث صحيح متفق عليه ، ولأنه طُهرٌ لم يمسها فيه ، فأشبه الثانى ، وحديثهم محمول على الاستحباب .

٥٧٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو طلقها ثلاثاً فى طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة ، وكان تاركا للاختيار ﴾ اختلفت الرواية عن أحمد فى جمع الثلاث .

فروى عنه أنه غير محرم ، اختاره الخرقى ، وهومذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وداود . وروى ذلك عن الحسن بن على ، وعبد الرحمن بن عوف ، والشعبى ، لأن عويمر العجلانى لما لاَعَنَ امرأته قال : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . متفق عليه . ولم ينقل إنكار النبى صلى الله عليه وسلم . وعن عائشة أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إن رفاعة طلقنى فبَتّ طلاقى » . متفق عليه ، وفى حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات ، ولأنه طلاق جاز تفريقه ، فجاز جمعه كطلاق النساء .

والرواية الثانية : أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم ، اختارها أبو بكر ، وأبو حفص. روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، قال على رضى الله عنه : «لايطلق أحد للسنة فيندم » ، وفى رواية قال : « يطلقها واحدة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض ، فتى شاء راجعها » . وعن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً ، وعن مالك بن الحارث قال : جاء رجل إلى ابن عباس ، فقال : إن عمى طلق امرأته ثلاثاً ، فقال إن عمك عصى الله ، وأطاع الشيطان ، فلم يجعل الله له مخرجاً ، ووجه ذلك قول الله تعالى : يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» إلى قوله: « لاَتَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً»[1] ثم قال بعد ذلك: «وَمَنْ يَتَّقِ اللهَ يَجْعَل لهُ مَخْرَجاً » . « وَمَنْ يَتَّقِ اللهَ يَجْعَل لهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا » ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ، ولا يجعل الله له مخرجاً ، ولا من أمره يسراً .

وروى النسائى بإسناده عن محمود بن لبيد ، قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فغضب ثم قال : « أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ » . حتى قام رجل فقال : يارسول الله ، ألا أقتله ، وفى حديث ابن عمر ، قال : قلت : يارسول الله ، أرأيت لو طلقتها ثلاثا ؟ قال: « إذاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك » . وروى الدارقطنى بإسناده عن على قال. سمع النبى

(١) سورة النساء آية ١ ، ٢ ، ٤ .

صلى الله عليه وسلم رجلا طلق ألبتة فغضب وقال : « تتخذون آيات الله هزواً ، أو دينَ الله هزواً أو لعباً ؟ من طلق البتة ألزمناه ثلاثا ، لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره » . ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج ، من غير حاجة ، فحرم كالظهار ، بل هذا أولى ، لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير ، وهذا لاسبيل للزوج إلى رفعه بحال ، ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة ، فيدخل فى عموم النهى ، وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراماً ، أو بحيلة لا تزيل التحريم ، ووقوع النـدم وخسارة الدنيا والآخرة ، فكان أولى بالتحريم من الطلاق فى الحيض الذى ضرره بقاؤها فى العدة أياماً يسيرة ، أو الطلاق فى طهر مسها فيه ، الذى ضرره احتمال الندم بظهور الحمل ، فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة ، فالتحريم ثُمَّ تنبيه على التحريم ههنا ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة[1] رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا فى عصرهم خلاف قولهم ، فيكون ذلك إجماعاً .

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم ، لأن الفرقة لم تقع بالطلاق ، فإنها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعى بمجرد لعان الزوج ، فلاحجة فيه ، ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً ، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره، ولأن جمع الثلاث ربما حرم لما يعقبه من الندم ، ويحصل به من الضرر ، ويفوت عليه من حل نكاحها ، ولايحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان ، لحصوله باللعان . وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم ، فيكون مقراً عليه ، ولاحضر المطلق عند النبى صلى الله عليه وسلم حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه : أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها ، وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه ، فلم يكن[2] فى شىء من ذلك جمع الثلاث ، ولا خلاف بين الجميع فى أن الاختيار والأولى : أن يطلق واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، إلا ما حكينا من قول من قال : إنه يطلقها فى كل قرء طلقة . والأول أولى ، فإن فى ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه ، وموافقة لقول السلف ، وأمناً من الندم ، فإنه متى ندم راجعها ، فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها ، قال محمد بن سيرين : إن علياً كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ، يطلقها تطليقة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً ، فمتى شاء راجعها » . رواه النجاد بإسناده . وعن عبد الله قال : من أراد أن يطلق الطلاق الذى هو الطلاق فليمهل ، حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة فى غير جماع ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، ولا يطلقها ثلاثاً وهى حامل ، فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ، ويندمه الله ، فلا يستطيع إليها سبيلا .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : من سميناهم من الصحابة .

(٢) فى نسخة. فلم يكره.

٥٧٤٣ (فصـــــل)

وإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث ، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غـيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده ، روى ذلك عن ابن عباس ، وأبى هريرة وابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وابن مسعود ، وأنس ، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم .

وكان عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وأبو الشـعثاء ، وعمرو بن دينار . يقولون : من طلق البكر ثلاثا فهى واحدة . وروى طاوس ، عن ابن عباس ، قال : « كان الطلاق على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث واحدة » رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير ، وعمرو بن دينار ، ومجاهد ، ومالك بن الحارث ، عن ابن عباس ، خلاف رواية طاوس ، أخرجـه أيضاً أبو داود . وأفتى ابن عباس بخلاف مارواه عنه طاوس : وقد ذكرنا حديث ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثا. وروى الدارقطنى[1] بإسناده عن عبادة بن الصامت قال « طلق بعض آبائى امرأته ألفاً ، فانطلق بنوه إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلم ، فقالوا يارسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفاً فهل له مخرج؟ فقال « إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً ، بانت منه بثلاث على غير السنة ، وتسعمائة وسبعة وتسعون ثم فى عنقه»، ولأن النـكاح ملك يصح إزالته متفرقا ، فصح مجتمعاً كسائر الأملاك ، أما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه[2] وأفتى أيضاً بخلافه ، قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس ، بأى شىء تدفعه؟ فقال : أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ، ثم ذكر عن عـدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث ، وقيل : معنى حديث ابن عباس : أن الناس كانوا يطلقون واحـدة على عهد رسول الله[3] صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وأبى بكر ، ولايسوغ لابن عباس أن يروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويفتى بخلافه ،

٥٧٤٤ (فصـــل)

وإن طلق اثنتين فى طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة ، لأنه لم يحرمها على نفسه ، ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ، ولـكنه ترك الاختيار ، لأنه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها ، فكان مكروهاً كتضييع المال .

٥٧٤٥ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها: أنت طالق للسنة وكانت حاملا ، أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق ، وإن

(١) انظر سنن الدارقطنى ص٤٣٩ (٢) فى المخطوطة ١٨ ، بخلاف ذلك
(٣) فى المخطوطة٣٩ ، على عهد النبى صلى الله عليه وسلم

كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت، وإن كانت طاهرة مجامعة فيه ، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة[1] فمعناه فى وقت السنة . فإن كانت طاهراً غير مجامَعَة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه ، وكذلك إن كانت حاملا . قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة . وقال أحمد : أذهب إلى حديث سالم ، عن أبيه . ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا وأخرجه مسلم وغيره ، فأمره بالطلاق فى الطهر أو فى الحمل ، فطلاق السنة ما وافق الأمر ، ولأن مطلق الحامل التى استبان حملها قد دخل على بصيرة ، فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم ، وليست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليهما ، فإذا قال : لها أنت طالق للسنة فى هاتين الحالتين طلقت ، لأنه وصَفَ الطَّلْقة بصفتها ، فوقعت فى الحال ، وإن قال ذلك لحائض لم تقع فى الحال ، لأن طلاقها طلاق بدعة ، لكن إذا طهرت طلقت ، لأن الصفة وجدت حينئذ ، فصار كأنه قال:أنت طالق فى النهار ، فإن كانت فى النهار طلقت،وإن كانت فى الليل طلقت إذا جاء النهار . وإن كانت فى طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر ، لأن الطهر الذى جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة ، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ ، لأن الصفة وجدت[2] وهذا (كله)[3] مذهب الشافعى،وأبى حنيفة. ولا أعلم فيه مخالفاً . فإن أولج فى آخر الحيض ، واتصل بأول الطهر ، أو أولج مع أول الطهر ، لم يقع الطلاق فى ذلك الطهر ، لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت فى أوله . وهذا كله مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

٥٧٤٦ (فصـــل)

إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ، ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل . كذلك قال أحمد، وهو ظاهر كلام الخرقى ، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة : إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك ، وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل ، أو تتيمم عند عدم الماء ، وتصلى ، أو يخرج عنها وقت صلاة ، لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها .

ولنا : أنها طاهر ، فوقع بها طلاق السنة كالتى طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر : أنها تؤمر بالغسل ، ويلزمها ذلك ، ويصح منها ، وتؤمر بالصلاة ، وتصح صلاتها ، ولأن فى حديث ابن عمر : « فإذا طهرت طلقها إن شاء » وما قاله غير صحيح ، فإننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ، ولا صح منها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : طلاق السنة (٢) فى المخطوطة ١٨ لأن الصفة موجودة (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨

٥٧٤٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو قال لها: أنت طالق للبدعة ، وهى فى طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصيبها ، أو تحيض ﴾

هذه المسألة عكس تلك ، فإنه وصف الطلقة بأنها للبدعة . فإن قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه . وقع الطلاق فى الحال ، لأنه وصف الطلقة بصفتها ، وإن كانت فى طهر لم يصبها فيه لم يقع فى الحال ، فإذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض ، وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين ، فإن نزع من غير توقف فلا شىء عليها ، وإن أولج بعد النزع فقدوطىء مطلقته ، ويأتى بيان حكم ذلك . وإن أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضاً إن شاء الله تعالى فيما بعد .

٥٧٤٨ (فصــل)

فإن قال لطاهر : أنت طالق للبدعة فى الحال ، فقد قيل : إن الصفة تلغو ، ويقع الطلاق . لأنه وصفها بما لا تتصف به ، فلغت الصفة[1] دون الطلاق . ويحتمل أن تطلق فى الحال ثلاثاً ، لأن ذلك طلاق بدعة، فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعــة من الجهة الأخرى . وإن قال لحائض : أنت طالق للسنة فى الحال لغَت الصفة ، ووقع الطلاق ، لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة، وثلاثاً للبدعة ، طلقت ثلاثاً فى الحال ، بناء على ما سنذكره .

٥٧٤٩ (فصــــل)

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة فالمنصوص عن أحمد أنها تطلق ثلاثاً إن كانت طاهراً غير مجامعة فيه[2] وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت وهذا مذهب الشافعى ، قال القاضى ، وأبو الخطاب : هذا على الرواية التى قال فيها : إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الأخرى فإذا طهرت طلقت واحدة ، وتطلق الثانية والثالثة فى نكاحين آخرين ، أو بعد رجعتين . وقد أنــكر أحمد هذا فقال فى رواية مهنا ، إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا للسنة : قد اختلفوا فيه ، فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة ، فلو راجعها تقع تطليقة أخرى،وتكون عنده على أخرى وما يعجبنى قولهم هذا ، فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة،ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لاتتصف به، فألغى الصفــة وأوقع الطلاق ، كما لو قال لحائض أنت طالق فى الحال للسنة . وقد قال فى رواية أبى الحارث مايدل على هذا ، قال:يقع عليها الثلاث ولامعنى :لقوله للسنة .

وقال أبو حنيفة : يقع فى كل قرء طلقة ، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع فى كل شهر طلقة ، وبنـاه على أصله فى أن السنة تفريق الثلاث على الأطهار ، وقد بينا أن ذلك فى حكم جمع الثلاث ، فإن قال : أردت

---

(١) فى المخطوطة ١٨: فتلغو الصفة

(٢) فى االمخطوطة ٣٩: ولم تجامع فيه

بقولى للسنة إيقاع واحدة فى الحال ، واثنتين فى نكاحين آخرين ، قبل منه ، وإن قال : أردت أن يقع فى كل قرء طلقة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم ، وقد ورد به الأثر ، فلا يبعد أن يريده ، وقال أصحابنا : يدين . وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين .

أحدهما : لايقبل ، لأن ذلك ليس بسنة [1] والثانى : يقبل لما قدمنا ، فإن كانت فى زمن البدعة ، فقال : سبق لسانى إلى قول السنة ، ولم أرده ، وإنما أردت الإيقاع فى الحال وقع فى الحال لأنه مالك لإيقاعها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه .

٥٧٥٠ (فصـــل)

إذا قال : أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة طلقت فى الحال طلقتين ، وتأخرت الثالثة إلى الأخرى ، لأنه سوى بين الحالين ، فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء ، فيقع فى الحال طلقة ونصف ، ثم يكمل النصف ليكون الطلاق لايتبعض ، فيقع طلقتان . ويحتمل أن تقع طلقة ، وتتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى ، لأن البعض يقع على مادون الكل ، ويتناول القليل من ذلك والكثير ، فيقع أقل مايقع عليه الاسم ، لأنه اليقين ، ومازاد لايقع بالشك ، فيتأخر إلى الحال الأخرى .

فإن قيل : فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث ؟ قلنا : متى أمكنت القسمة من غير تكسير [2] وجبت القسمة على الصحة . وإن قال : نصفهن للسنة ، ونصفهن للبدعة ، وقع فى الحال طلقتان ، وتأخرت الثالثة . وإن قال : طلقتان للسنة ، وواحدة للبدعة ، أو : طلقتان للبدعة ، وواحدة للسنة ، فهو على ما قال : وإن أطلق ثم قال : نويت ذلك ، فإن فسر نيته بما يوقع فى الحال طلقتين قُبِلَ لأنه مقتضى الإطلاق ، ولأنه غير متهم فيه . وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ، ويؤخر اثنتين ، دين فيما بينه وبين الله تعالى : وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان.

أظهرهما : أنه يقبل ، لأن البعض حقيقة فى القليل والكثير ، فما فسر كلامه به لايخالف الحقيقة ، فيجب أن يقبل .

والثانى : لايقبل ، لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق ، ومذهب الشافعى على نحو هذا ، فإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، بعضها للسنة ، ولم يذكر شيئاً آخر ، احتمل أن تكون كالتى قبلها ، لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة ، فأشبه مالو صرح به ، ويحتمل أنه لايقع فى الحال إلا واحدة ، لأنه لم يسوِّ بين الحالين ، والبعض لايقتضى النصف ، فتقع الواحدة لأنها اليقين ، والزائد لايقع بالشك ، وكذلك لوقال : بعضها للسنة ، وباقيها للبدعة ، أو سائرها للبدعة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ليس بطلاق سنة .

(٢) فى اللمخطوطة ٣٩: من غير كسر .

٥٧٥١ (فصـــل)

إذا قال : أنت طالق إذا قدم زيد ، فقدم وهى حائض ، طلقت للبدعة ، ولم يأثم ، لأنه لم يقصده . وإن قال : أنت طالق إذا قدم زيد للسنة ، فقدم فى زمان السنة طلقت ، وإن قدم فى زمان البدعة لم يقع ، حتى إذا صارت إلى زمان السنة وقع ، ويصير كأنه قال : حين قدم زيد أنت طالق للسنة ، لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة ، فلا يقع إلا عليها . وإن قال لها : أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها ، طلقت عند قدومه ، حائضاً كانت أو طاهراً ، لأنها لا سنة لطلاقها ولا بدعة ، وإن قدم بعد دخوله بها وهى فى طهر لم يصبها فيه ، طلقت ، وإن قدم فى زمن البدعة لم تطلق حتى يجىء زمن السنة ، لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة : وإن قال لامرأته : أنت طالق إذا جاء رأس الشهر للسنة ، فكان رأس الشهر فى زمان السنة وقع ، وإلا وقع إذا جاء زمان السنة .

٥٧٥٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو قال لها وهى حائض ولم يدخل بها : أنت طالق للسنة طلقت من وقتها ، لأنه لا سنة فيه ولا بدعة ﴾

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء [على] أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها ، أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا فى عـــدد الطلاق ، على اختلاف بينهم فيه ، وذلك لأن الطلاق فى حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء إنما كان له سنة وبدعة ، لأن العدة تطول عليها بالطلاق فى الحيض ، وترتاب بالطلاق فى الطهر الذى لم جامعها فيه ، وينتفى عنها الأمران بالطلاق فى الطهر الذى لم يجامعها فيه . أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفى[1] تطويلها أو الارتياب فيها ، وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التى لم تحض ، والآيسات [من] المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة ، لأن العدة لا تطول بطلاقها فى حال ، ولا تحمل فترتاب ، وكذلك الحامل التى استبان حملها ، فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة ، من جهة الوقت ، فى قول أصحابنا وهو مذهب الشافعى ، وكثير من أهل العلم . فإذا قال لإحدى هؤلاء : أنت طالق للسنة أو للبدعة . وقعت الطلقة فى الحال ، ولغت الصفة ، لأن طلاقها لا يتصف بذلك ، فصار كأنه قال : أنت طالق ولم يزد ، وكذلك إن قال : أنت طالق للسنة والبدعة . أو قال : أنت طالق لا للسنة ، ولا للبدعة ، طلقت فى الحال ، لأنه وصف الطلقة بصفتها ، ويحتمل كلام الخرقى : أن يكون للحامل طلاق سنة ، لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام : « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » ، وهو أيضاً ظاهر كلام

(١) هـكذا فى النسخ وفى طبعة المنار ص ٢٤٩ وفى الشرح الكبير «فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أوالارتياب فيها » وهو غير واضح والمراد (فانتفى تطويلها أو الارتياب فيها) (ف)

أحمد فإنه قال:أذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعنى هذا الحديث ، ولأنها فى حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة ، فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة [1] ويتفرع من هذا أنه لو قال لها : أنت طالق للبدعة لم تطلق فى الحال فإذا وضعت الحمل طلقت ، لأن النفاس زمان بدعة كالحيض .

٥٧٥٣ (فصـــــل)

وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها : أنت طالق للبدعة ، ثم قال: أردت إذا حاضت الصغيرة ، أو أصيبت غير المدخول بها، أو قال لهما : أنتما طالقتان للسنة . وقال : أردت طلاقهما فى زمن يصير طلاقهما فيه للسنة ، دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضى .

أحدهما : لا يقبل ، وهو مذهب الشافعى . لأنه خلاف الظاهر فأشبه مالو قال أنت طالق ثم قال : أردت إذا دخلت الدار .

والثانى : يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد . لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وقال أردت بالثانية إفهامها .

٥٧٥٤ (فصـــــل)

وإذا قال لها فى طهر جامعها فيه : أنت طالق للسنة فيئست من المحيض لم تطلق . لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة فى زمن يصلح له ، فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة ، فلم توجد الصفة ، فلا يقع . وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضا ، إلا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة ، فإنه ينبغى أن يقع لوجود الصفة ، كما لو حاضت ثم طهرت .

٥٧٥٥ (فصـــــل)

إذا قال أنت طالق فى كل قرء طلقة ، وهى من ذوات القرء وقع فى كل قرء طلقة . فإن كانت فى القرء وقعت بها واحدة فى الحال ، ووقع بها طلقتان فى قرأين آخرين فى أولهما ، سواء قلنا : القرء الحيض ، أو : الأطهار . وسواء كانت مدخولا بها ، أو غير مدخول بها . إلا أن غير المدخول بها تَبِينُ بالطلقة الأولى ، فإن تزوجها وقع بها القرء الثانى طلقة أخرى ، وكذلك الحكم فى الثالثة . وإن كانت صغيرة وقلنا : القرء الحيض ، لم تطلق حتى تحيض ، فتطلق فى كل حيضة طلقة . وإن قلنا : القرء الأطهار ، احتمل أن تطلق فى الحال واحدة ، ثم لا تطلق حتى تحيض ، ثم تطهر فتطلق الثانية ، ثم الثالثة فى الطهر الآخر ، ثم تطهر ، لأن

(١) فى المخطوطة ١٨ : من غير جماع

الطهر قبل الحيض كله قرء واحد . ويحتمل ألا تطلق حتى تطهر بعد الحيض ، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين ، وكذلك لو حاضت الصغيرة فى عدتهـا لم تحتسب بالطهر الذى قبل الحيض من عدتها فى أحد الوجهين . والحكم فى الحامل كالحكم فى الصغيرة[1] ، لأن زمن الحمل كله قرء واحد فى أحد الوجهين إذا قلنا : الأقراء : الأطهار .

والوجه الآخر : ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة فقال القاضى : تطلق واحدة على كل حال . لأنه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها ، فلغت ووقع بها الطلاق ، كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة . وإذا طلقت الحامل فى حال حملها بانت بوضعه . لأن عدتها تنقضى به ، فلم يلحقها طلاق آخر ، فإن استأنف نكاحها ، أو راجعها قبل وضع حملها ، ثم طهرت من النفاس ، طلقت أخرى ، ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة .

٥٧٥٦ (فصـل)

فإن قال : أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة ، وهى فى زمن السنة طلقت بوجود الصفة ، وإن لم تكن فى زمن السنة انحلت الصفة ، ولم يقع بحال ، لأن الشرط ما وجد . وكذلك إن قال : أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة . إن كانت فى زمن البدعة وقع ، وإلا لم يقع بحال . فإن كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضى فيها احتمالين .

أحدهما : لا يقع فى المسألتين ، لأن الصفة ما وجدت ، فأشبه مالو قال : أنت طالق إن كنت هاشمية[2] . ولم تكن هاشمية .

والثانى : تطلق ، لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغى ، ووقع الطلاق كما لو قال . أنت طالق للسنة ، والأول أشبه ، وللشافعية وجهان كهذين .

٥٧٥٧ (فصـل)

فإن قال : طالق أحسن الطلاق ، أو أجمله ، أو أعدله ، أو أكمله ، أو أتمه ، أو أفضله ، أو قال : طلقة حسنة ، أو جميلة ، أو عدلة ، أو سنية ، كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة ، وبه قال الشافعى . وقال محمد بن الحسن : إذا قال : أعدل الطلاق أو أحسنه ، ونحوه كقولنا . وإن قال : طلقة سنية ، أو عدلة ، وقع الطلاق فى الحال ، لأن الطلاق لا يتصف بالوقت ، والسنة والبدعة وقت ، فإذا وصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة ، كما لو قال لغير الدخول بها : أنت طالق طلقة رجعية . أو قال لها : أنت طالق للسنة أو البدعة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : وحكم الحامل كحكم الصغيرة . (٢) فى المخطوطة ١٨ إن كنت من بنى هاشم .

ولنا : أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ، ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه فى ذلك الوقت موافقا للسنة ، مطابقا للشرع ، فهو كقوله أحسن الطلاق . وفارق قوله طلقة رجعية ، لأن الرجعة لا تكون إلا فى مدة ، ولا عدة لها ، فلا يحصل ذلك بقوله : فإن قال : نويت بقولى أعدل الطلاق وقوعه فى حال الحيض ، لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ، ولم أرد الوقت ، وكانت فى الحيض ، وقع الطلاق ، لأنه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ . وإن كانت فى حال السنة دِيِّن فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين كما تقدم .

٥٧٥٨ (فصــــل)

فإن عكس ، فقال : أنت طالق أقبح الطلاق ، وأسمجه ، أو أفحشه ، وأنتنه ، أو أرداه ، حمل على (طلاق)[1] البدعة ، فإن كانت فى وقت البدعة ، وإلا وقف على مجىء زمان البدعة ، وحكى عن أبى بكر : أنه يقع ثلاثا ، إن قلنا : إن جمع الثلاث بدعة . وينبغى أن تقع الثلاث فى وقت البدعة ، ليكون جامعاً لبدعتى الطلاق ، فيكون أقبح الطلاق . وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول : إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق ، لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك ، وجميل طريقتك ، وقع فى الحال ، وإن قال : أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق من نفسه إلى زمن السنة لم يقبل ، لأن لفظه لا يحتمله ، وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع فى الحال ، لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغيا ، وبقى مجرد الطلاق . فإن قال : أردت أنها حسنة لكونها فى زمان السنة ، وقبيحة لإضرارها بك : أو قال : أردت أنها حسنة لتخليصى من شرِّك ، وسوء خُلُقك ، وقبيحة لكونها فى زمان البدعة وكان ذلك يؤخِّر وقوع الطلاق عنه دِينَ ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على وجهين .

٥٧٥٩ (فصــــل)

فإن قال : أنت طالق طلاق الحرج ، فقال القاضى : معناه طلاق البدعة . لأن الحرج الضيق ، والإثم ، فكأنه قال. طلاق الإثم ، وطلاق البدعة طلاق إثم . وحكى ابن المنذر عن على رضى الله عنه: أنه يقع ثلاثا[2]، لأن الحرج الضيق ، والذى يضيق عليه ، ويمنعه الرجوع إليها ، ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث ، وهو مع ذلك (طلاق)[3] بدعة ، وفيه إثم ، فيجتمع عليه الأمران: الضيق ، والإثم ، وإن قال: طلاق الحرج والسنة ، كان كقوله طلاق البدعة والسنة .

---

(١) ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا . (٢) فى المخطوطة ٣٩ أنه ثلاث .
(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩ . (٤) فى المخطوطة ١٨ : عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٥٧٦٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعى ، والشعبى ، وأبو قلابة ، وقتادة ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق فى حال نومه لا طلاق له ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « رفع[1] القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم[2] أنه قال : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله » . رواه النجاد . وقال الترمذى: لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وهو ذاهب[3] الحديث . وروى بإسناده عن على مثل ذلك . ولأنه قول يزيل الملك ، فاعتبر له العقل كالبيع ، وسواء زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو إكراه على شرب خمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ولا يعلم أنه مزيل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ، ولا نعلم فيه خلافاً . فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به ، متلاعباً ، فحكمه حكم السكران فى طلاقه . وبهذا قال أصحاب الشافعى . وقال أصحاب أبى حنيفة : لا يقع طلاقه ، لأنه لا يلتذ بشربها .

ولنا : أنه زال عقله بمعصية ، فأشبه السكران .

٥٧٦١ (فصـــل)

قال أحمد فى المغمى عليه إذا طلق ، فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه ، وهو ذاكر لذلك ، فقال : إذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه ، يجوز طلاقه . وقال فى رواية أبى طالب فى المجنون يطلق ، فقيل له بعد ما أفاق : إنك طلقت امرأتك . فقال : أنا أذكر أنى طلقت ولم يكن عقلى معى . فقال : إذا كان يذكر أنه طلق ، فقد طلقت . فلم يجعله مجنوناً ، إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به . وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية ، وبطلان حواسه . فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسماً ، فإنه يسقط حكم تصرفه ، مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية ، فلا يضره ذكره للطلاق ، إن شاء الله تعالى

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن على وعمر بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم - ورواه البخارى تعليقاً عن على ج ٧ ص ٥٩(ف) .

(٢) فى المخطوطة ١٨ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٣) انظر الترمذى بشرح ابن العربى ج٥ ص ١٦٧ (ف).

٥٧٦٢ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ وعن أبى عبد الله رحمه الله فى السكران روايان : رواية يقع الطلاق ، ورواية لا يقع ، ورواية بتوقف عن الجواب ، ويقول : قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴾

أما التوقف عن الجواب فليس بقول فى المسألة ، إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها ، وإشكال دليلها ، ويبقى فى المسألة روايتان .

إحداها : يقع طلاقه ، اختارها أبو بكر الخلال ، والقاضى ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبى ، والنخعى ، وميمون بن مهران ، والحكم ، ومالك ، والثورى والأوزاعى ، والشافعى فى أحد قوليه [١] وابن شبرمة ، وأبى حنيفة ، وصاحبيه ، وسليمان بن حرب ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه » ومثل هذا عن على ومعاوية ، وابن عباس قال ابن عباس : طلاق السكران جائز ، إن ركب معصية من معاصى الله نفعه ذلك ؟ ولأن الصحابة جعلوه كالصاحى فى الحد بالقذف ، بدليل ماروى أبو وبرة الكلبى . قال : أرسلنى خالد إلى عمر ، فأتيته فى المسجد ومعه عثمان ، وعلى ، وعبد الرحمن ، وطلحة ، والزبير ، فقلت : إن خالداً يقول : إن النــاس انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم ، فقال على : نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون ، فقال عمر : أبلغ صاحبك ماقال ، فجعلوه كالصاحى ، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره ، صادف ملكه ، فوجب أن يقع كطلاق الصاحى ، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ، ويقطع بالسرقة ، وبهذا فارق المجنون .

والرواية الثانية : لا يقع طلاقه ، اختــارها أبو بكر عبد العزيز [٢] وهو قول عثمان رضى الله عنــه ، ومذهب عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وطاوس ، وربيعة ، ويحيى ، الأنصارى ، والليث ، والعنــبرى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، والمزنى [٣] قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان . ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شىء فيه . وهو أصح ، يعنى من حديث على وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى على ولأنه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المــكره ، ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط

(١) قال القفال : ومن أصحابنا من قال : يقع طلاق السكران قولاً واحداً ولعل ما رواه المزنى حكاه الشافعى عن غيره (حلية العلماء ١/٦٤٦٦) خط

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ابن عبد العزيز وهو خطأ . (٣) وداود الظاهرى (حلية العلماء ١ /٤٦٦) خط

بمعصية أو غيرها [٤] بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلى قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولوضرب رأسه فجنّ سقط [عنه] التكليف . وحديث أبى هريرة لايثبت . وأما قتله وسرقته فهو كمسألتنا .

٥٧٦٣ (فصــــل)

والحكم فى عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم فى طلاقه ، لأن المعنى فى الجميع واحد ، وقد روى عن أحمد فى بيعه وشرائه الروايات الثلاث ، وسأله ابن منصور : إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع ، فقال : أجبن[١] عنه ، لايصح من أمر السكران شىء ، وقال أبو عبد الله ابن حامد : حكم السكران حكم الصاحى ، فيما له وفيما عليه ، فأما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شىء ، وقد أومأ إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه ، لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له . وليس المؤاخذة تصحيح تصرف له .

٥٧٦٤ (فصــــل)

وحد السكر الذى يقع الخلاف فى صاحبه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ، ونحو ذلك ، لأن الله تعالى قال : « يَاأَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ » فجعل علامة زوال السكر علمه مايقول، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن ، أو ألقوا رداءه فى الأردية ، فإن قرأ أم القرآن ، أو عرف رداءه ، وإلا فأقم عليه الحد . ولا يعتبر ألا يعرف السماء من الأرض ، ولا الذكر من الأنثى ، لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

٥٧٦٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عقل الصبى الطلاق فطلق لزمه ﴾

وأما الصبى الذى لا يعقل فلا خلاف فى أنه لاطلاق له ، وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع ، اختارها أبو بكر ، والخرقى ، وابن حامد . وروى

---

(١) علة وقوع طلاق السكران كما ذكرها القفال ثلاثة . أحدها وهو قول ابن سريج : أن سكره لا يعلم إلا من جهته ، وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه فعلى هذا يقع فى الظاهر . والثانى . تغليظ عليه لمعصيته فلهذا يصح منه ما فيه تغليظ كالطلاق والعتق . ولايصح منه مافيه تخفيف كالنكاح والرجعة . والثالث . لما كان سكره بمعصية سقط حكمه ، فجعل كالصاحى . وهو الصحيح . ولذلك صحح الشافعى رجعته (حلية العلماء ٦٤٦/١ و ٦٤٧) خط

(٢) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٠ (أخبر عنه) بدل (اجبن عنه) وهو الصواب (ف)

نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، والشعبي ، وإسحاق . وروى أبو طالب عن أحمد : لا يجوز طلاقه ، حتى يحتلم ، وهو قول النخعي ، والزهري ، ومالك ، وحماد ، والثوري ، وأبي عبيد . وذكر أبو عبيد : أنه قول أهل العراق ، وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم[1] » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ، ووجه الأولى قوله عليه السلام « الطلاق لمن أخذ بالساق[2] » وقوله « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله[3] » وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : اكتموا الصبيان النكاح ، فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل ، صادف محل الطلاق ، فوقع كطلاق البالغ .

٥٧٦٦ (فصـــــل)

وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل ، وهو اختيار القاضي ، وروى عن أحمد أبو الحارث[4] : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر ، وهو اختيار أبي بكر ، لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية ، فكذلك هذا ، وعن سعيد بن المسيب ، إذا أحصى الصلاة ، وصام رمضان ، جاز طلاقه . وقال عطاء : إذا بلغ أن يصيب النساء[5] ، وعن الحسن : إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال إسحاق : إذا جاوز اثنتى عشرة .

٥٧٦٧ (فصـــل)

ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه ، وتوكله لغيره ، وقد أومأ إليه أحمد ، فقال في رجل قال لصبي : طلق امرأتي ، فقال : قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها ، حتى يعقل الطلاق ، فقيل له : فإن كانت له زوجة صبية ، فقالت : صير أمري إلي ، فقال لها : أمرك بيدك ، فقالت : قد اخترت نفسي ، فقال أحمد : ليس بشيء ، حتى يكون مثلها ، يعقل الطلاق . وقال أبو بكر : لا يصح أن يوكل حتى يبلغ ، وحكاه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ ، وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى .

---

(١) سبق تخريجه ص٣٧٨ (٢) أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ (إنما الطلاق . .) ف .
(٣) سبق تخريجه (٤) في المخطوطة ٣٩ . وروى أبو الحارث عن أحمد .
(٥) في المخطوطة ٣٩ . إذا صلح أن يصيب النساء .

٥٧٦٨ (فصـــل)

فأما السفيه فيقع طلاقه فى قول أكثر أهل العلم ، منهم القاسم بن محمد ، ومالك ، والشافعى ، وأبو حنيفة، وأصحابه . ومنع منه عطاء . والأولى صحته ، لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد ، والحجر عليه فى ماله لا يمنع تصرفه فى غير ماهو محجور عليه ، فيه كالمفلس .

٥٧٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن أكره على الطلاق لم يلزمه ﴾

لاتختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لايقع[١] ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر[٢] ، وابن الزبير ، وجابر بن سمرة ، وبه قال عبد الله بن عبيد ، بن عمير ، وعكرمة ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وشريح ، وعطاء ، وطاوس ، وعمر بن عبدالعزيز ، وابن عون ، وأيوب السختيانى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو عبيد . وأجازه أبو قلابة والشعبى ، والنخعى ، والزهرى، والثورى ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، لأنه طلاق من مكلف فى محل يملكه ، فينفذ كطلاق غير المكره[٣] .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه[٤] ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «لاطلاق فى إغلاق » رواه أبو داود[٥] والأثرم قال أبو عبيد ، والقتيبى : معناه فى اكراه . وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا : يريد الإكراه ، لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه[٦] ، ويدخل فى هذا المعنى المبرسم ، والمجنون ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون إجماعا ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : غير واقع .

(٢) بل روى عبد الرزاق عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره . انظر (الدراية ٢/٧٠) .

(٣) وبه قال قتادة أيضا . (المصدر السابق) (٤) رواه ابن الجوزى هكذا : إن الله عفى لكم عن ثلاث : عن الخطأ والنسيان وما استكرهتم عليه (انظر التحقيق : مخطوط رقم ٢٣٩٤٨ ب)

(٥) ورواه أحمد وابن ماجه والحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه : ولفظ الحديث : « لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق » .

(٦) نقل ابن القيم رواية عن أبى داود « فى غلاق » بكسر الغين ـ ثم قال : والغلاق أظنه الغضب . وقال حنبل : سمعت أبا عبد الله يعنى أحمد بن حنبل يقول : هو الغضب . ذكره الخلال أبو بكر عبد العزيز ولفظ أحمد : يعنى الغضب . انظر (إغاثة اللهفان ص ٥)

٥٧٧٠ (فصـــل)

وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربُّص إذا لم يفيء ، وإكراهه الرجلين اللذين زوجها وليان ، ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق ، لأنه قول حمل عليه بحق ، فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ، ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه ، فلو لم يقع لم يحصل المقصود

٥٧٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً ﴾

أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط فى الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال ، لما روى أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك[1] فأعطاهم فانتهى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول : «أخذك المشركون ، فغطوك فى الماء ، وأمروك أن تشرك بالله ، ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» . رواه أبو حفص بإسناده ، وقال عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أوجعته [من الجوع] أو ضربته ، أو أوثقته ، وهذا يقتضى وجود فعل يكون به إكراها ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : ليس بإكراه ، لأن الذى ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد فى حديث عمار وفيه : «أنهم أخذوك فغطوك فى الماء» ، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والرواية الثانية : أن الوعيد بمفرده إكراه . قال فى رواية ابن منصور : حد الإكراه إذا خاف القتل ، أو ضرباً شديداً ، وهذا قول أكثر الفقهاء[2] ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعى[3] ، لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد ، فإن الماضى من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى من وقوعه ، وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد ، وهو فى الموضعين واحد ، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله ، وإلقائه بيده إلى التهلكة ، ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً ، لأنه إذا طلق فى هذه الحال وقع طلاقه ، فيصل المكره إلى مراده ، ويقع الضرر

(١) أى : أرغموه على الشرك . (٢) فى المخطوطة ١٨ : قول أكثر أهل العلم .

(٣) اختلف الشافعية فى الضرب المبرح والحبس الطويل . فقال أبو إسحاق . ليس إكراهاً . والمذهب أنه إكراه . وقال أبو على فى الإفصاح : كله إكراه حتى لو توعده بالاستخفاف وهو رجل وجيه (حلية العلماء ٦٤٧/١) خط .

بالمكره ، وثبوت الإكراه فى حق من نيل بشىء من العذاب لا ينفى ثبوته فى حق غيره ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه فى الذى تدلى يشتار[1] عسلا ، فوقفت امرأته على الحبل ، وقالت : طلقنى ثلاثاً وإلا قطعته . فذكّرها الله والإسلام ، فقالت : لتفعلن أو لأفعلن، فطلقها ثلاثاً ، فرده إليها. رواه سعيد بإسناده ، وهذا كان وعيداً .

٥٧٧٢ (فصـــــل)

ومن شرط الإكراه ثلاثة[2] أمور :

أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو تغلّب ، كاللص ونحوه ، وحكى عن الشعبى إن أكرهه اللص لم يقع طلاقه ، وإن أكرهه السلطان وقع . قال ابن عيينة . لأن اللص يقتـله ، وعموم ما ذكرناه فى دليل الإكراه يتناول الجميع ، والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لعمار : « إن عادوا فَعُد » ولأنه إكراه ، فمنع وقوع الطلاق ، كإكراه اللصوص .

والثانى : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه .

والثالث : أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً ، كالقتل والضرب الشديد ، والقيد والحبس الطويلين. فأما الشتم والسب ، فليس بإكراه رواية واحدة ، وكذلك أخذ المال اليسير ، فأما الضرر اليسير فإن كان فى حق من لا يبالى به فليس بإكراه ، وإن كان من ذوى المروءات على وجه يكون إخراقاً[3] بصاحبه ، وغضا له وشهرة فى حقه ، فهو كالضرب الكثير فى حق غيره . وإن تُوُعِّدَ بتعذيب ولده[4] فقد قيل : ليس بإكراه ، لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراهاً ، لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله ، والوعيد بذلك إكراه ، فكذلك هذا .

٥٧٧٣ (فصـــل)

وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع ، لأنه غير مكره عليه ، وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خلصت نيتـه فى الطلاق دون دفع الإكراه وقع لأنه قصده واختاره ، ويحتمل ألا يقع ، لأن اللفظ مرفوع عنه ، فلا يبقى إلا مجرد النية ، فلا يقع بها طلاق . وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته ، أو تأول

---

(١) يشتار . يجنى .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : وشروط الإكراه ثلاثة .

(٣) إخراقاً . طعنا يبهت صاحبه ويدهشه (ف).

(٤) فى المخطوطة ١٨ : بتعذيب ابنه .

فى يمينه ، فله تأويله ، ويقبل قوله فى نيته ، لأن الإكراه دليل له على تأويله . وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع ، لأنه معذور ، وذكر أصحاب الشافعى وجهاً : أنه يقع ، لأنه لا مُكرِهُ له على نيته .

ولنا : أنه مكره عليه ، فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الأدلة ، ولأنه قد لا يحضره التأويل فى تلك الحال، فتفوت الرخصة .

باب تصريح الطلاق وغيره

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فلو نواه بقلبه[1] من غير لفظ لم يقع فى قول عامة أهل العلم . منهم عطاء ، وجابر بن زيد ، وسعيد بن جبير ، ويحيى بن أبى كثير ، والشافعى ، وإسحاق ، وروى أيضاً عن القاسم ، وسالم ، والحسن ، والشعبى ، وقال الزهرى إذا عزم على ذلك طلقت ، وقال ابن سيرين فيمن طلق فى نفسه أليس قد علمه الله ؟ .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ،مالم تتكلم به أوتعمل» رواه النسائى والترمذى، وقال : هذا حديث صحيح : ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ ، فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح ، وكناية فالصريح يقع به الطلاق ، من غير نية ، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه[2] أو يأتى بما يقوم مقام نيته .

٥٧٧٤ ﴿مســألة﴾

قال ﴿ وإذا قال : قد طلقتك ، أو قد فارقتك ، أو قد سرحتك ، لزمها الطلاق ﴾

هذا يقتضى أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح . وما تصرف منهن . وهذا مذهب الشافعى ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده ، وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية ، لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية وحجةهذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان فىغير الطلاق كثيراً ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته ، ووجه الأول : أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى : « فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »[3] وقال : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[4]: وقال سبحانه : « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كلا مِنْ سَعَتِهِ »[5]، وقال

(١) فى المخطوطة ١٨ . فلو نواه بالقلب. (٢) فى المخطوطة ٣٩ : حتى ينوى.

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٤) سورة البقرة آية ٢٣١ (٥) سورة النساء آية ١٣٠

سبحانه « فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً »[١] . وقول ابن حامد أصح ، فإن الصريح فى الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره ، إلا احتمالا بعيداً ، ولفظة الفراق والسراح إن وردا فى القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى ، وفى العرف كثيراً قال الله تعالى : « واعتَصموا بِحَبْلِ الله جَمِيعاً ولاَ تَفرقوا »[٢] : وقال : «وما تَفرَّقَ الّذِينَ أوتوا الـكتاب »[٣] فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله « أوْفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[٤] لم يرد به الطلاق . وإنما هو ترك ارتجاعها ، وكذلك قوله : « أوْ تَسْرِيح بِإِحْسَانٍ[٥] » ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق ، فإنه مختص بذلك ، سابق إلى الافهام من غير قرينة ، ولا دلالة ، بخلاف الفراق والسراح . فعلى كلا القولين إذا قال: طلقتك ، أوأنت طالق ، أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية ، وإن قال : فارقتك ، أو أنت مفارقة ، أو سرحتك ، أو أنت مسرحة ، فمن يراه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نيه ، ومن لم يره صريحاً لم يوقعه به إلا أن ينويه ، فإن قال . أردت بقولى فارقتك ، أى بجسمى ، أوبقلبى ، أوبمذهبى ، أو سرحتك من يدى،أو شغلى ، أو من حبسى ، أو سرحت شعرك ، قبل قوله : وإن قال : أردت بقولى أنت طالق ، أى من وثاق ، أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لسانى فقلت طلقتك ونحو ذلك دِين فيما بينه وبين الله تعالى : فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه .

قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقينى ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف ، فجرى على لسانه غير مافى قلبه ، فقال . أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً ، وهل تقبل دعواه فى الحكم ؟ ينظر ، فإن كان فى حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل فى الحكم ، لأن لفظه ظاهر فى الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين ، فلا تقبل وإن لم تكن فى هذه الحال ، فظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور وأبى الحارث أنه يقبل قوله ، وهو قول جابر بن زيد ، والشعبى ، والحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لوقال أنت طالق ،أنت طالق . وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضى : فيه روايتان .

هذه التى ذكرنا . قال : وهى ظاهر كلام أحمد .

والثانية لا يقبل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر فى العرف ، فلم يقبل فى الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال . زيوفا ، أو صغارا ، أو إلى شهر ، فأما إن صرح بذلك فى اللفظ فقال : طلقتك

---

(١) سورة الأحزاب آية ٢٨ (٢) سورة آل عمران آية١٠٣
(٣) سورة البينة آية ٤ (٤) سورة الطلاق آية ٢ (٥) سورة البقرة آية ٢٣١

من وثاق ، أو فارقتك بجسمى ، أو سرحتك من يدى ، فلا شك فى أن الطلاق لا يقع ، لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر أبو بكر فى قوله : أنت مطلقة ، أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا أو من زوج كان قبله ، لم يكن عليه شىء . وإن لم ينو شيئا فعلى قولين .

أحدهما : يقع ، والثانى : لا يقع ، وهذا من قوله يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة فى أحد القولين . قال القاضى : والمنصوص عن أحمد أنه صريح ، وهو الصحيح ، لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق، فكانت صريحة فيه ، كقوله أنت طالق .

٥٧٧٥ (فصـــل)

فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة فى الطلاق ، لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ، ولا الاستعمال ، فأشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضى فيها احتمالا : أنها صريحة ، لأنه لا فرق بين فعلت . وأفعلت ، نحو عظمته وأعظمته ، وكرمته وأكرمته ، وليس هذا الذى ذكره بمطرد ، فإنهم يقولون حييته من التحية ، وأحييته من الحياة ، وأصدقت المرأة صداقا ، وصدقت حديثها تصديقا ، ويفرقون بين أقبل وقبّل ، وأدبر ودُبّر ، وأبصر وبصّر ، ويفرقون بين المعانى المختلفة بحركة أو حرف ، فيقولون : حَمْل لما فى البطن ، وبالكسر لما على الظهر . والوَقْر بالفتح : الثقل ، فى الأذن ، وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح ، وبين غيره بالتضعيف فى أحدهما والهمزة فى الآخر ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الأسيرين ، والفرس . والطائر ، فهو طالق ، وطلقت الدابة فهى طالق ، ومطلقة ، ولم يسمع هذا فى كلامهم وهذا مذهب الشافعى .

٥٧٧٦ (فصـــل)

فإن قال : أنت الطلاق ، فقال القاضى : لا تختلف الرواية عن أحمد فى أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان .

أحدهما : أنه غير صريح لأنه مصدر ، والأعيان لا توصف بالمصادر[1] إلا مجازاً .

والثانى : أن الطلاق لفظ صريح ، فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه ، وهو مستعمل فى عرفهم قال الشاعر :

نوهت باسمى فى العالمين وأفـ ـنيت عمرى عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلا ق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقولهم : إنه مجاز ، قلنا : نعم ، إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ، ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل، فتعين فيه .

(١) انظر التعليق على كلمة « الطلاق » أول الباب .

٥٧٧٧ (فصـــل)

وصريح الطلاق بالعجمية « بهشتم » فإذا أتى بها العجمى وقع الطلاق منه بغير نية ، وقال النخعى وأبو حنيفة : هو كناية ، لا يطلق به إلا بنية ، لأن معناه : خلّيتك ، وهذه اللفظة كناية .

ولنا : أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ، يستعملونها فيه ، فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ،ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن فى العجمية صريح للطلاق ، وهذا بعيد ، ولا يضر كونها بمعنى خليتك ، فإن معنى طلقتك:خليتك، أيضاً ، إلا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا، كذا هذه. ولاخلاف فى أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا ، كذلك قال الشعبى،والنخعى ، والحسن ، ومالك ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وزفر ، والشافعى .

٥٧٧٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها فى الغضب : أنت حرة ، أو لطمها فقال : هذا طلاقك ، فقط وقع الطلاق ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٧٧٩ ﴿ أحـــدهما ﴾

فى أن هذا اللفظ كناية فى الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ، ولا دلالة حال ، ولا نعلم خلافا فى أنت حرة أنه كناية ، فأما إذا لطمها وقال : هذا طلاقك ، فإن كثيراً من الفقهاء قالوا . ليس هذا كناية ، ولا يقع به طلاق ، وإن نوى، لأن هذا لا يؤدى معنى الطلاق ، ولا هو سبب له ، ولا حكم ، فلم يصح التعبير به عنه كقوله : « غفر الله لك » : وقال ابن حامد : يقع به الطلاق من غير نية ، لأن تقديره أوقعت عليك طلاقا ، هذا الضرب من أجله ، فعلى قوله يكون هذا صريحا ، وقول الخرقى محتمل لهذا أيضا . ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان فى حال الغضب ، فيكون الغضب قائما مقام النية ، كما قام مقامها فى قوله : أنت حرة . ويحتمل أن يكون لَطْمُه [1] لها قرينة تقوم مقام النية ، لأنه يصدر عن الغضب ، فجرى مجراه ، والصحيح أنه كناية فى الطلاق ، لأنه محتمل بالتقدير الذى ذكره ابن حامد ، ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك ، لكون الطلاق معلقا عليه ، فصح أن يعبر به عنه ، وليس بصريح ، لأنه احتاج إلى تقدير ، ولو كان صريحا لم يحتج إلى ذلك ، ولأنه غير موضوع له ، ولا مستعمل فيه شرعا ، ولا عرفا ، فأشبه سائر الكنايات .

وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال : هذا طلاقك ، أو لو فعلت المرأة فعلا من قيام أو قعود أو فعل هو فعلا ، وقال : هذا طلاقك ، فهو مثل لطمها ، إلا فى أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية ، فيكون هو أيضاً قائما مقامها فى وجه ، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها.

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : اللطم لها .

٥٧٨٠ (الفصل الثانى)

أنه إذا أتى بالـكناية فى حال الغضب فذكر الخرقى فى هذا الموضع . أنه يقع الطلاق ، وذكر القاضى ، وأبو بكر ، وأبو الخطاب ، فى ذلك روايتين .

إحداها : يقع الطلاق ، قال فى رواية الميمونى ، إذا قال لزوجته : أنت حرة لوجه الله فى الغضب[1] ، فأخشى أن يكون طلاقا .

والرواية الأخرى : ليس بطلاق ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى . إلا أن أبا حنيفة يقول فى اعتدى ، واختارى ، وأمرك بيدك . كقولنا فى الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح فى الطلاق ، ولم ينوه به ، فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ، ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب . ويحتمل أن ما كان من الـكنايات لا يستعمل فى غـير الفرقة إلا نادراً ، نحو قوله : أنت حرة لوجه الله ، واعتدى واستبرئى ، وحبلك على غاربك ، وأنت بائن ، وأشباه ذلك : أنه يقع فى حال الغضب . وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك ، نحو اذهبى ، واخرجى ، وروحى ، وتقنّعى ، لا يقع الطلاق به إلا بنية ، ومذهب أبى حنيفة قريب من هذا ، وكلام أحمد والخرقى فى الوقوع إنما ورد فى قوله : أنت حرة ، وهو مما لا يستعمله الإنسان فى حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ، ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية ، لأن ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق فى حال الرضاء ، فـكذلك فى حال الغضب ، إذ لا حجر عليه فى استعماله والتكلم به ، بخلاف مالم تجر العادة بذكره ، فإنه لمّا قل استعماله فى غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق ، فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق ، أو فى حال الغضب قوى الظن ، فصار ظنا غالباً .

ووجه الرواية الأخرى : أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال ، فإن من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه ، كان مدحاً له ، وإن قاله فى حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما . ولو قال : إنه لا يغدر بذمة ، ولا يظـلم حبة خردل ، وما أحد أوفى ذمة منه . فى حال المدح ، كان مدحا بليغا ، كما قال حسان :

فما حملتْ من ناقة فوقَ رَحْلها   أبرَّ وأوفى ذمةً مِنْ محمـــد

ولو قاله فى حال الذم كان هجاء قبيحاً ، كقول النجاشى :

قبيلته[2] لا يغدرون بذمة   ولا يظلمون النـاس حبة خردل

وقال آخر : كأن ربّىَ لم يخلق لخشيته   سواهمُ من جميع الناس إنساناً

(١) فى النسخ المطبوعة (فى الرضاء لا فى الغضب) وفى الشرح الـكبير ج ٨ ص ٢٩٢ (فى الغضب) وهو الصواب ويقتضيه سياق الـكلام (ف) .   (٢) فى النسخ المطبوعة (قبيلة) والصواب (قبيلته) .

وهذا فى هذا الموضع هجاء قبيح وذم ، حتى حكى عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح[1] عليهم ، ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المـــدح وأبلغه ، وفى الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف ، والحال يدل على المزح واللعب ، لم يجز قتله . ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل ، والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه .

٥٧٨١ (فصـــــــل)

وإن أتى بالكناية فى حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها فى حال الغضب على مافيه من الخلاف والتفصيل ، والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه ، إلا أن المنصوص عن أحمد ههنا : أنه لا يصدق فى عدم النية . قال فى رواية أبى الحارث : إذا قال : لم أنوه صدق فى ذلك إذا لم تكن سألته الطلاق ، فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال ، وكونه فى حال الغضب ، وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال : لى عندك دينار ، قال : نعم ، أو صدقت ، كان إقراراً به ، ولم يقبـــل منه تفسيره بغير الإقرار . ولو قال : زوجتك ابنتى ، وبعتــك ثوبى هـذا ، فقال : قبلت ، صح وكفى ، ولم يحتجْ إلى زيادة عليه . ولو أراد بالكناية حال الغضب ، أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق ، لأنه لو أراده بالصريح لم يقع ، فبالكناية أولى . وإذا ادعى ذلك دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فظاهر كلام أحمد فى رواية أبى الحارث : أنه يصدق إن كان جوابا لسؤال الطلاق ، ونقل عنه فى موضع آخر : أنه إذا قال أنت خليّة ، أو برية ، أو بائن ، ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق ، فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودها وحكى هذا عن أبى حنيفة إلا فى الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا : لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال : قد طلقت ثلاثا ، فزوجوه ثم أمسك امرأته ، فقالوا : ألم تقل : إنك طلقت ثلاثا ؟ قال : ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ، ثم طلقتها ، ثم تزوجت فلانة وطلقتها ، ثم تزوجت فلانة وطلقتها ، فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيته ، ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه ، فقبل قوله فيما يحتمله ، كما لو كرر لفظا ، وقال : أردت التوكيد .

٥٧٨٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال أبو عبد الله : ﴿ وإذا قال لهـا : أنت خليـة ، أو أنت برية ، أو أنت بائن ، أو حبـلك على غاربك ، أو الحقى بأهلك ، فهو عندى ثلاث ، ولـكن أكره أن أفتى به ، سواء دخل بها أو لم يدخل ﴾

أكثر الروايات عن أبى عبد الله كراهة الفتيا فى هذه الكنايات ، مع ميله إلى أنها ثلاث ، وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين .

(١) سلح : تغوط .

إحداها : أنها ثلاث .

والثانية : يرجع إلى ما نواه ، اختارها أبو الخطاب . وهو مذهب الشافعيّ قال يرجع إلى ما نوى ، فإن لم ينو شيئا وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعي . إلا أنه قال : يقع طلقة بائنة ، لأن لفظه يقتضي البينونة ، ولا يقتضي عدداً . وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا ، فإنه قال : يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ، ولو وقع ثلاثا لم يبح له رجعتها ، ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة مهرها .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة ألبتة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال : والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الله ما أردت إلا واحدة ؟ » فقال ركانة : الله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان . قال علي بن محمد الطنافسي : ما أشرف هذا الحديث ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : « الحقي بأهلك[1] » . ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، وقد نهى عن ذلك . ولأن الكنايات مع النية كالصريح ، فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة ، كقوله : أنت طالق .

وقال الثوري وأصحاب الرأي : إن نوى ثلاثا فثلاث ، وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ، ولا يقع اثنتين ، لأن الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان . صغرى ، وكبرى . فالصغرى بالواحدة ، والكبرى بالثلاث . ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه .

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وإن لم ينو ، إلا في خلع أو قبل الدخول ، فإنها تطلق واحدة ، لأنها تقتضي البينونة ، والبينونة تحصل في الخلع ، وقبل الدخول بواحدة ، فلم يزد عليها ، لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها ، وفي غيرهما يقع الثلاث ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها ، ووجه أنها ثلاث : أنه قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فروى عن علي ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت : أنها ثلاث . قال أحمد في الخلية والبرية والبتة : قول علي وابن عمر قول صحيح ، ثلاثا .

وقال عليّ ، والحسن ، والزّهري ، في البائن : إنها ثلاث . وروى النجّاد بإسناده عن نافع ، أن رجلا جاء إلى عاصم وابن الزبير ، فقال : إن ظئري[2] هذا طلق امرأته ألبتة ، قبل أن يدخل بها ، فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ، ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة ، فسلهم ثم ارجع إلينا ، فأخبرناه . فسألهم ، فقال أبو هريرة : لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره . وقال ابن عباس : هي ثلاث ، وذكر عن عائشة متابعتهما[3] .

---

(١) « الحقي بأهلك » أخرجه البخاري عن عائشة (ف). (٢) ظئري : أي صهري .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : متابعتها . والمراد متابعتها لهما .

وروى النجاد بإسناده أن عمر رضى الله عنه جعل ألبتة واحدة ، ثم جعلها بعدُ ثلاثَ تطليقات ، وهذه أقوال علماء الصحابة ، ولم يعرَف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعا . ولأنه طلّق امرأته بلفظ يقتضى البينونة ، فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة ، كما لو طلق ثلاثا ، أو نوى الثلاث . واقتضاؤه للبينونة ظاهرٌ فى قوله : أنتِ بائن ، وكذا فى قوله : ألبتة ، لأن البَتّ : القطع، فكأنه قطع النكاح كله ، ولذلك يعبَّر به عن الطلاق الثلاث ، كما قالت امرأة رفاعة : إن رفاعة طلقنى فبتّ طلاقى . وبتْله هو من القطع أيضاً ، ولذلك قيل فى مريم : البتول ، لا نقطاعها عن النكاح . ونهى النبى صلى الله وسلم عن التبتُّل ، وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية . وكذلك الخَلِيَّة والبَرِيَّة ، يقتضيان الخلوّ من النكاح ، والبراءة منه . وإذا كان للفظ معنى فاعتبَرهُ الشرعُ إنما يعتبر [1] فيما يقتضيه ويؤدى معناه ، ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث ، فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ، ولا يمكن إيقاع واحدة بائن ، لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق ، فكذلك بكنايته ، ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها ، لأن الصحابة لم يفرقوا ، لأن كل لفظة أوجبت الثلاث فى المدخول بها أوجبتها فى غيرها ، كقوله : أنت طالق ثلاثا .

فأما حديث ركانة ، فإن أحمد ضعَّف إسنادَه ، فلذلك تَرَكَهُ ، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون : « الحقى بأهلك » . فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضى الثلاث ، وليست من اللفظات التى قال الصحابة فيها بالثلاث ، ولا هى مثلها ، فيقتصر الحكم عليها ، وقولهم : إن الكناية بالنية كالصريح ، قلنا : نعم ، إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث ، تحصل بها البينونة ، وإلى ما دونها مما لا تحصل به البينونة ، فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة ، وهو هذه الظاهرة ، ومنها ما يقوم مقام الواحدة ، وهو ما عداها والله أعلم .

٥٧٨٣ (فصل)

وذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد والخرقى أن الطلاق يقع بهذه الكنايات [2] من غير نية ، كقول مالك ، لأنه اشتهر استعماله فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح ، ومفهوم كلام الخرقى : أنه لا يقع إلا بنية ، لقوله : وإذا أتى بصريح الطلاق وقع ، نواه أو لم ينوه . فمفهومه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية ، ولأن هذا كناية ، فلم يثبت حكمه بغير نية ، كسائر الكنايات .

٥٧٨٤ (فصل)

والكناية ثلاثة أقسام .

---

(١) فى المطبوعة : إنما يعبر .

(٢) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٩١ « بالكنايات الظاهرة من غير نية » (ف) .

[القسم الأول] ظاهر ، وهى ستة[1] ألفاظ خَلِيَّة ، وبَرِيَّة وبائن، وبَتَّة، وبَتْلَة وأمرك بيدك . والحكم فيها ما بيناه فى هذا الفصل . وإن قال : أنت طالق بائن ، أو ألبته ، فكذلك ، إلا أنه لا يحتاج إلى نية ، لأنه وصف بها الطلاق الصريح . وإن قال : أنت طالق لا رجعة لى عليك ، وهى مدخول بها ، فهى ثلاث . قال أحمد : إذا قال لامرأته : أنت طالق لارجعة فيها ، ولا مثنوية ، هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا ، هكذا هو عندى . وهذا قول أبى حنيفة : وإن قال : ولا رجعة لى فيها بالواو فكذلك . وقال أصحاب أبى حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها .

ولنا : أن الصفة تصح مع العطف ، كما لو قال : بعتك بعشرة وهى مغربية ، صح وكان صفة للثمن ، قال الله تعالى : « إِلاَّ اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ »[2] : وإن قال : أنت طالقٌ واحدةً بائنا ، أو واحدة بَتَّةً ففيها ثلاث روايات إحداهن : أنها واحدة رجعية ، ويلغو ما بعدها . قال أحمد : لا أعرف شيئاً متقدما ، إن نوى واحدة تكون بائناً ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به ، فلغت الصفة ، كما لو قال : أنت طالق طلقة لا تقع عليك : والثانية : هى ثلاث ، قاله أبو بكر . وقال : هو قول أحمد ، لأنه أتى بما يقتضى الثلاث ، فوقع ولغا قوله واحدة . كما لو قال : أنت طالق واحدة ثلاثا . والثالثة : رواها حنبل عن أحمد : إذا طلق امرأته واحدة ألبته ، فإن أمرها بيدها ، يزيدها فى مهرها إن أراد رجعتها ، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحـــدة بائناً ، لأنه جعل أمرها بيدها ، ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ، ولا احتاجت إلى زيادة فى مهرها ، ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها . وقال أبو الخطاب: هذه الرواية تخرج فى جميع الكنايات الظاهرة ، فيكون ذلك مثل قول ابراهيم النخعى . ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة ، فوقع على ما أوقعه ، ولم يزد على واحدة ، لأن لفظه لم يَقْتَضِ عدداً ، فلم يقع أكثرَ من من واحدة ، كما لو قال : أنتِ طالق . وحمل القاضى رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة.

القسم الثانى : مختلف فيها ، وهى ضربان . منصوص عليها ، وهى عشرة[3] : إلحقى بأهلك ، وحَبلك على غاربك ، ولا سبيل لى عليك ، وأنت عَلَيَّ حَرَج ، وأنت علىّ حرام ، واذهبى فتزوجى مَن شئت ،

---

(١) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٨٥ «وهى سبعة» وترك (أمرك بيدك) واد (وأنت حرة وأنت الحرج) ف .

(٢) سورة الأنبياء آية ٢ .

(٣) المذكور هنا تسعة ، وذكر فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٨٨ عشرة ألفاظ أسقط مما هنا (وأنت حرة) وزاد (لاسلطان لى عليك ، وحللت للأزواج) لكن المغنى ذكرها فى الضرب الثانى وهو (المقيس على المنصوص عليها) . ف

وغطّى شعرك ، وأنت حرة ، وقد أعتقتُك ، فهذه عن أحمد فيها روايتان . إحداهما : أنها ثلاث . والثانية ترجع إلى مانواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات .

والضرب الثانى : مقيسٌ على هذه ، وهى استبرئى رَحِمَك وحللت للأزواج ، وتَقنّعى ، ولا سُلطان لى عليك ، فهذه فى معنى المنصوص عليها ، فيكون حكمها حكمها ، والصحيح فى قوله : إلحقى بأهلك أنها واحدة ، ولا تكون ثلاثا إلا بنية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لإبنة الجون « الحقى بأهلك » ، متفق عليه . ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، وقد نهى أمته عن ذلك » قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إن النبى صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون[٢] « الحقى بأهلك » ، ولم يكن طلاقا غير هذا ، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، فيكون غير طلاق السُّنة : فقال لا أدرى ، وكذلك قوله : اعتدّى ، واستبرئى رحمك لا يختص الثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث » وقد روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسَوْدة ابنة زَمْعَه[٣] : اعتدى ، فجعلها تطليقة ، وروى هُشَيْم : أنبأنا الأعمش ، عن المنهال بن عمرو ، أن نُعَيْم بن دجاجة الأسدى ، طلق امرأته تطليقتين ، ثم قال : هى على حرج ، وكتب ، فى ذلك إلى عمر بن الخطاب ، فقال : أما إنها ليست بأهونهن .

وأما سائر اللفظات فإن قلنا : هى ظاهرة فلأن معناها معنى الظاهرة ، فإن قوله : لاسبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك ، إنما يكون فى المبتوتة . أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان ، وقوله : أنتِ حُرة ، وأعتقتك ، يقتضى ذهاب الرِّق عنها ، وخلوصها منه ، والرق ههنا النكاح . وقوله : أنت حرام يقتضى بينونتها منه ، لأن الرجعية غير محرمة ، وكذلك حَلَلْتِ للازواج ، لأنك بِنْتِ منى ، وكذلك سائرها . وإن قلنا : هى واحدة فلأنها محتملة فإن قوله : حللت للازواج . أى بعد انقضاء عدتك ، إذ لا يمكن حِلُّها ، قبل ذلك ، والواحدة تُحلها وكذلك انكحى من شئت ، وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها .

القسم الثالث : الخفية ، نحو اخرجى ، واذهبى ، وذوقى ، وتجرّعى ، وأنت مُخَلاةٌ واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وسائر مايدل على الفُرْقة ، ويؤدى معنى الطلاق ، سوى ماتقدم ذكره ، فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا ، واثنتان إن نواهما ، أو واحدة إن نواها أو أطلق . قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ماظهر ، وما عنى به الطلاق فهو على ما عَنَى ، مثل : حبلُكِ على غاربك ، إذ نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على مانوى مثل لا سبيل لى عليك ، وإذا نصٌ فى هاتين على أنه يُرْجع إلى نيته ، فكذلك

---

(١) أخرجه البخارى كما سبق. (٢) فى المخطوطة ١٨ وقد روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لسودة . (٣) أخرجه ابن سعد فى الطبقات الكبرى ج ٨ ص ٥٣ عن النعمان بن ثابت التيمى .

(٤) فى المخطوطة ، ١٨ ، فهو كناية خفية .

سائر الكنايات ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يقع اثنتان ، وإن نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وإن قال : أنت واحدة فهى كناية خفية ، ولكنها لا تقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً ، لأنها لا تحتمل غير الواحدة وإن قال : أغناك الله فهى كناية خفية[1] لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق قول الله تعالى « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاً مِنْ سَعَتِهِ»[1] .

٥٧٨٥ (فصـــل)

والطلاق الواقع بالكنايات رجعى ، مالم يقع الثلاث ، فى ظاهر المذهب ، وهو قول الشافعى . وقال أبو حنيفة : كلها[2] بوائن ، إلا اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة ، لأنها تقتضى البينونة ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً .

ولنا: أنه طلاق صادَفَ مدخولا بها من غير عِوَض ولااستيفاء عَدَد ، فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق ، وما سلَّموه من الكنايات . وقولهم : إنها تقتضى البينونة ، قلنا : فينبغى أن تبين بثلاث ، لأن المدخول بها لاتبين إلا بثلاث أو عوض .

٥٧٨٦ (فصـــل)

فأما مالايشبه الطلاق ولا يدل على الفراق ، كقوله : اقعُدى ، وقومى ، وكلى ، واشربى ، واقربى ، وأَطعِمِينى ، واسقينى ، وبارك الله عليك ، (وغفر الله[3] لك) ، وما أحسنك ، وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى ، لأن اللفظ لايحتمل الطلاق ، فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية ، وقد ذكرنا أنه لايقع بها ، وبهذا قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعى فى قوله : كلى ، واشربى . فقال بعضهم: كقولنا وقال بعضهم: هو كناية ، لأنه يحتمل كلى ألم الطلاق ، واشربى كأس الفراق ، فوقع به كقولنا ذُوقِى وتَجَرَّعِى.

ولنا : أن هذا اللفظ لايستعمل بمفرده إلا فيما لاضرر فيه ، كنحو كقوله تعالى : « كُلُوا واشْرَبُوا هَنِيئاً بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ[4] » وقال : « فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً[5] » . فلم يكن كناية ، كقوله : أطعمينى ، وفارق ذوقى وتجرعى ، فإنه يستعمل فى المكاره ، كقول[5] الله تعالى: «ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ[6]»

---

(١) سورة النساء آية ١٣٠

(٢) مذهب أبى حنيفة أن هذه الألفاظ الثلاثة (اعتدى ، واستبرئى رحمك وأنت واحدة) يقع بها طلقة واحدة رجعية ، وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق ، يقع بها واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى اثنتين كانت واحدة ، انظر الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣٩٨ ـ الحلبى . ف

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩ (٤) سورة المرسلات آية ٤ (٥) سورة النساء آية ٤

(٦) سورة الدخان آية ٤

و « ذُوقُوا عَذَابَ الْحَرِيقِ[١] » و «ذُوقُوا مَسَّ سَقَرَ[٢] » وكذلك التجرُّع ، قال الله تعالى : « يَتَجَرَّعُهُ وَلَا يَكَادُ يُسِيغُهُ[٣] » . فلم يصح أن يلحق بهما ماليس مثلهما .

٥٧٨٧ (فصــــــــل)

فإن قال : أنا منك طالق ، أو جعل أمر امرأته بيدها ، فقالت : أنتَ طالق ، لم تطلق زوجته ، نص عليه فى رواية الأثرم ، وهو قول ابن عباس ، والثورى ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وروى ذلك عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه . وقال مالك ، والشافعى : تطلق إذا نوى به الطلاق . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عمر وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعى ، والقاسم ، وإسحاق ، لأن الطلاق إزالة النِّكاح ، وهو مشتَرَك بينهما ، فإذا صح فى أحدهما صح فى الآخر . ولاخلاف فى أنه لايقع به الطلاق مع غير نيّة .

ولنا : أنه محلٌّ لايقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية ، فلم يقع وإن نوى ، كالأجنبىّ ، ولأنه قال : أنا طالق ، ولم يقل: منك ، لم يقع . ولو كان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ، ولأن الرجل مالكٌ فى النكاح، والمرأة مملوكة ، فلم يقع إزالة الملك بإضافة الإزالة إلى الملك كالعتق . ويدل على هذا أن الرجل لايوصف بأنه مطلَّق بخلاف المرأة ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال : ملَّكتُ امرأتى أمرَها فطلقتنى ثلاثاً ، فقال ابن عباس خطّأ الله[٤] نواها ، إن الطلاق لك وليس لها عليك . رواه أبو عبيد والأثرم واحتج به أحمد .

٥٧٨٨ (فصـــــل)

وإن قال : أنا منك بائن أو برىء ، فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبد الله بن حامد : يتخرج على وجهين .

أحدهما : لايقع لأن الرجل محل لايقع الطلاق بإضافة صريحه إليه ، فلم يقع بإضافة كنايته إليه كالأجنبى.

والثانى : يقع ، لأن لفظ البينونة والبراءة يوصف بهما كل واحد من الزوجين ، يقال : بان منها وبانت منه ، وبَرِىءَ منها ، وبرِئَتْ منه ، وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما ، قال الله تعالى : « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ[٥] » . وقال تعالى : « يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ[٦] » ويقال: فارقته المرأة وفارقها، ولا يقال طلّقته ، ولاسَرَّحَتْه ، ولاتطلُّقا ولاتسرحا :

---

(١) سورة الحج آيه ٣٢ (٢) سورة القمر آيه ٤٨ (٣) سورة إبراهيم آية ١٧

(٤) فى لسان العرب ج ١ ص ٦٦ ذكر حديث ابن عباس بلفظ (خطأ الله نوأها ، خطى الله نوأها) بتشديد الطاء بعدها همزة أو ألف ، و (نوء) بالهمز ، وقال : « أخطأ نوؤه إذا طلب حاجته فلم ينجح ولم يصب شيئا » إنتهى . ف

(٥) سورة النساء آيه ١٣ (٦) سورة البقرة آيه ١٠٢

وإن قال أنا بائن ، ولم يقل : منك ، فذكر القاضي فيما إذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت بائن[1] ، ولم تقل : مني ، أنه لايقع وجهاً واحداً ، وإن قالت: أنا بائن ونوت وقع ، وإن قالت أنتَ مني بائن ، فعلى الوجهين ، فيخرج ههنا مثل ذلك .

٥٧٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه ﴾

قد ذكرنا أن صريحَ الطلاقِ لايحتاج إلى نيـة ، بل يقع من غير قَصْد ولاخلاف في ذلك ، ولأنّ مايعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع ، وسواء قصد المزح أو الجـد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ثَلاَثٌ جِدّهُنّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنّ جدّ : النّكَاحُ والطّلاقُ وَالرّجْعَةُ » . رواه أبو داود والترمذي . وقال : حديث حسن ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جِدّ الطلاق وهزله سواء ، روى هذا عن عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، ونحوه عن عطاء ، وعبيدة . وبه قال الشافعي ، قال: أبو عبيد:[2] وهو قول سفيان ، وأهل العراق ، فأما لفظ الفراق والسّراح ، فينبنى على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق ، من غير نية ، ومن لم يجعله صريحاً لم يُوقع به الطلاق حتى ينوبه ، ويكون بمنزلة الكنايات الخفيّة .

٥٧٩٠ (فصـــل)

فإن قال الأعجمي لامرأته : أنت طالق ، ولايفهم معناه ، لم تطلق لأنه ليس بمختار للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمكره ، فإن نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لايصحّ منه اختيار مالا يعلمه[3] ولذلك لونطق بكلمة الكفر مَنْ لا يعلم معناها[4] لم يكفر ، ويحتمل أن تَطْلُق إذا نوى موجبها ، لأنه لَفَظَ بالطلاق ناويا موجبه ، فأشبه العربي ، وكذلك الحكم إذا قال العربي : « بهشتم » وهو لايعلم معناها

٥٧٩١ (فصـــل)

فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال : لحماته ابنتك طالق ، ولها بنت سوى امرأته ، أوكان اسم زوجته زينب ، فقال : زينب طالق ، طلقت زوجته لأنه لايملك طلاقَ غيرها فإن قال أردتُ الأجنبية لم يصدّق ، نص عليه أحمد في رجل تزوج امرأة فقال ، لحماته : ابنتك طالق . وقال : أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي[5] فقال : يحنث ، ولايقبل منه . وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان أسماهما فاطمة ، فماتت إحداهما ، فقال: فاطمة طالق، ينوي الميتة، فقال: الميتة تطلق؟ قال أبو داود: كأنه لايصدقه في الحكم .

---

(١) في المخطوطة ٣٩ إنك بائن (٢) في المخطوطه ٣٩ : أبوعبيدة . وهو خطأ (٣) في المخطوطة ٣٩ : مالم يعلمه (٤) في المخطوطة ١٨ : من لايعرف ويعلم معناها (٥) في المخطوطه ١٨و٣٩ ليست زوجتي

وقال القاضى فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال: إحداكما طالق ، وقال : أردت الأجنبية فهل يقبل؟ على روايتين ، وقال الشافعى : يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال : زينب طالق ، وقال : أردت أجنبية اسمها زينب ، لأن زينب لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل ، وقد عارضه دليل آخر ، وهو أنه لا يطلق غير زوجته أظهر ، فصار اللفظ فى زوجته أظهرَ ، فلم يُقبل خلافه [١] فأما إذا قال : إحداهما فإنه يتناول الأجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأى ، وأبو ثور : يقبل فى الجمع لأنه فسّر كلامه بما يحتمله .

ولنا : أنه لا يحتمل غير امرأته على وجهٍ صحيح ، فلم يُقبل تفسيرُه بها ، كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال : زينب طالق عند الشافعى . وماذكروه من الفرق لا يصحّ فإنّ إحْداكما ليس بصريح فى واحدة منهما ، إنما يتناول واحدة لا بعَيْنها ، وزينب يتناول واحدة لا بعينها ، ثم تعينت الزوجة لكونها محلّ الطلاق ، وخطابُ غيرها به عبث ، كما إذا قال : إحداكما طالق ، لو تناولها بصريحة ، لكنه صَرَفه عنها دليل. فصار ظاهراً فى غيرها . ولما قال النبى صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : «أحدكما كاذب» لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما واحدة ، ولما قال حسان ــ يعنى النبى صلى الله عليه وسلم وأبا سفيان ــ * فشركما لخيركما الفداء * لم ينصرف شرهما إلا إلى أبى سفيان وحده ، وخيرهما النبى صلى الله عليه وسلم وحده ، وهذا فى الحكم . أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه ، فمتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته ، لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد . ولو كانتْ ثمّ قرينة دالة على إرادته الأجنبية ، مثل أن يدفع بيمينه ظلماً ، أو يتخلص بها من مكروه ، قُبِلَ قوله فى الحكم ، لوجود الدليل الصارف إليها ، ، وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته ، لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ، ويصلح لها ، ولم يصرفه عنها ، فوقع به كما لو نواها .

٥٧٩٢ (فصــــل)

فإن كانت له امرأتان : حفصة ، وعمرة فقال : يا حفصة ، فأجابته عمرة ، فقال : أنت طالق فإن لم تكن له نية ، أو نوى المجيبة وحدها ، طلقت وحدها ، لأنها المطلقة دون غيرها . وإن قال : ما خاطبت بقولى : أنت طالق ، إلا حفصة ، وكانت حاضرة ، طلقت وحدها ، وإن قال : علمت أن المجيبة عمرة ، فخاطبتها بالطلاق ، وأردت طلاق حفصة ، طلقتا معاً فى قولهم جميعاً وإن قال : ظننت المجيبة حفصة فطلقتها ، طلقت حفصة رواية واحدة وفى عمرة روايتان :

إحداهما : تطلق أيضاً ، وهو قول النخعى ، وقتادة ، والأوزاعى ، وأصحاب الرأى . واختاره ابن حامد ، لأنه خاطبها بالطلاق وهى محل له ، فطلقت كما لو قصدها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فلم يقبل طلاقه

والثانية : لا تطلق ، وهو قول الحسن ، والزهري ، وأبي عبيد . قال أحمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال : فلانة ، أنت طالق . فالتفت[1] ، فإذا هي غير التي حلف عليها ، قال : قال إبراهيم : يطلقان ، والحسن يقول : تطلق التي نوى : قيل له : ما تقول أنت ؟ قال : تطلق التي نوى . ووجهه : أنه لم يقصدها بالطلاق ، فلم تطلق ، كما لو أراد أن يقول : أنت طاهر ، فسبق لسانه ، فقال : أنت طالق . وقال أبو بكر : لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق . وقال الشافعي : تطلق المجيبة وحدها ، لأنها مخاطبة بالطلاق ، فطلقت كما لو لم ينو غيرها ، ولا تطلق المنوية ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، ولم تعترف بطلاقها ، وهذا يبطل . بما لو علم أن المجيبة عمره ، فإن المنوية تطلق بإرادتها[2] الطلاق ، ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به ، لأن الاعتراف بما لا يوجب ، ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق ؛ فطلقت كما لو علم الحال .

٥٧٩٣ (فصـــل)

وإن أشار إلى عمرة ، فقال : ياحفصة[3] ، أنت طالق ، وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى نداء حفصة ، طلقت عمرة وحدها ، لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها ، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده ، فأشبه مالو أراد أن يقول : أنت طاهر ، فسبق لسانه إلى أنت طالق . وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طلقتا معا ، عمرة بالإشارة إليها[4] ، وإضافة الطلاق إليها . وحفصة بنيته وبلفظه بها . وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة ، وفي عمرة روايتان كالتي قبلها .

٥٧٩٤ (فصـــل)

وإن لقي أجنبية ظنها زوجته ، فقال : فلانة ، أنت طالق ، فإذا هي أجنبية ، طلقت زوجته . نص عليه أحمد . وقال الشافعي : لا تطلق ، لأنه خاطب بالطلاق غيرها ،(فلم يقع)[5] كما لو علم أنها أجنبية فقالت : أنت طالق .

ولنا : أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت ، كما لو قال : علمت أنها أجنبية ، وأردت طلاق زوجتي وإن قال لها : أنت طالق ، ولم يذكر اسم زوجته ، احتمل ذلك أيضاً ، لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل ألا تطلق ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، ولا ذكر اسمها معه ، وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق .

---

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ فالتفتت

(٢) في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٩ (تطلق بإرادتها بالطلاق) وهو أوضح (ف)

(٣) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : وقال ياحفصة . (٤) في المخطوطة ١٨ و ٣٩ : بإشارته إليها .

(٥) ساقطة من ١٨ .

٥٧٩٥ (فصـــــل)

وإن لقى امرأته فظنها أجنبية فقال : أنت طالق ، أو تنحى يامطلقة ، أو لقى أمته فظنها أجنبية فقال : أنت حرة ، أو تنحى ياحرة ، فقال أبو بكر فيمن لقى امرأته فقال تنحى يامطلقة أو ياحرة ، وهو لا يعرفها ، فإذا هى زوجتــه أو أمته : لا يقع بهما طلاق ولا حرية ، لأنه لم يردهما بذلك[1] ، فلم يقع بهما شىء ، كسبق اللسان إلى ما لم يرده . ويحتمل ألا تعتق الأمة ، لأن العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله : ياحرة ، وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله : يامطلقه[2] .

٥٧٩٦ (فصـــــل)

فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال ، وقال مالك : الـكنايات الظاهرة كقوله : أنت بائن ، وبتة ، وبتْلة ، وحرام ، يقع بها الطلاق من غير نية ، قال القاضى فى الشرح : وهذا ظاهر كلام أحمد والخرقى ، لأنها مستعملة فى الطلاق فى العرف ، فصارت كالصريح .

ولنا : أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ، ولا اختصت به فلم يقع الطلاق (بها[3]) بمجرد اللفظ كسائر الـكنايات . وإذا ثبت اعتبار النية فإنها دمتبر مقارنة اللفظ ، فإن وجدت فى ابتدائه وعَرِيت عنه فى سائره وقع الطلاق . وقال بعض أصحاب الشافعى : لايقع ، فلو قال : أنت (بائن[4]) ينوى الطلاق ، وعريت نيته حين قال : أنت بائن[5] لا يقع ، لأن القدر الذى صاحبته النية لا يقع به شىء .

ولنا : أن ما تعتبر له النية يُـكْتَفَىَ فيه بوجودها فى أوله ، كالصلاة وسائر العبادات . فأما إن تلفظ بالـكناية غيرَ ناوٍ ، ثم نوى بها بعدذلك ، لم يقع بها الطلاق . وكما لو نوى الطهارة بالغُسل بعدفراغه منه .

٥٧٩٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : لا وأراد به الـكذب ، لم يلزمه شىء ولو قال . قد طلقتها ، وأراد به الـكذب ، لزمه الطلاق ﴾

إنما لم يلزمه إذا أراد الـكذب ، لأن قوله : مالى امرأة ، كناية تفتقر إلى نية الطلاق . وإذا نوى الـكذب فما نوى الطلاق ، فلم يقع ، وهكذا لو نوى أنه ليس لى امرأة تخدمنى ، أو ترضينى ، أو أنى كمن

(١) فى المطبوعة : لم يرد بهما ذلك . وقد رجحنا ما فى ٣٩ ، ١٨ ، ٢٠ لوضوحه .

(٢) أى لعدم التعود على مخاطبتها بهذا الخطاب (٣) ساقطة من ٣٩ (٤) ساقطة من ٣٩ و ١٨ و ٢٠

(٥) هذا الـكلام فى حاجة إلى تحرير ، مثله ما فى الشرح الـكبير ج ٨ ص٢٩٢ والذى أفهمه أن الأصل (فلو قال : (أنت) ينوى الطلاق وقال (بائن) بدون نية لايقع طلاق لأن النية صاحبت المبتدأ (أنت) وهو قدر لا يقع به شىء (ف) .

لا امرأة له ، أو لم ينو شيئاً ، لم تطلق لعدم النية المشترطة فى الكناية . وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت ، لأنها كناية صحبتها النية ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، وحماد بن أبى سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وقال أبو يوسف ومحمد : لا تطلق ، فإن هذا ليس بكناية ، وإنما هو خبر هو كاذب فيه ، وليس بإيقاع .

ولنا : أنه محتمل للطلاق ، لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة ، فأشبه قوله : أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة ، وهذا يبطل قولهم . فأما إن قال : طلقتها ، وأراد الكذب طلقت ، لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية . وإن قال : خليتها ، أو أبنتها ، افتقر إلى النية[1] ، لأنه كناية لا يقع به الطلاق . من غير نية .

٥٧٩٨ (فصل)

فإن قيل له : أطلّقت امرأتك ؟ فقال[2] : نعم ، أو قيل له : امرأتك طالق ؟ فقال : نعم ، طلقت امرأته وإن لم ينو ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعى ، واختيار المزَنى ، لأن نعم صريح فى الجواب ، والجواب الصريح للفظ الصريح صريح . الا ترى أنه لو قيل له أَلِفُلَانٍ عليك ألف ؟ فقال : نعم ، وجب عليه . وإن قيل له : طلّقتَ امرأتك فقال : قد كان بعضُ ذلك . وقال : أردتُ الإيقاع ، وَقع . وإن قال : أردت أنى علّقتُ طلاقها بشرط ، قُبل ، لأنه محتمل لما قاله . وإن قال : أردت الإخبار عن شيء ماض ، أو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : قد طلقتها ، ثم قال : إنما أردت أنى طلقتها فى نكاح آخر ، دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى فأما فى الحكم فإن لم يكن ذلك وُجِدَ منه لم يُقْبل ، لأنه لا يَحْتَمِل ما قاله ، وإن كان وُجِدَ فعلى وجهين .

٥٧٩٩ (فصل)

فإن قال : حلفت بالطلاق ، أو قال : علىّ يمين بالطلاق ، ولم يكن حلف ، لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ، ولزمه ما أقر به فى الحكم . ذكره القاضى ، وأبو الخطاب . وقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم ، فى الرجل يقول : حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف : هى كذبة ، ليس عليه يمين . وذلك لأن قوله : حلفت ، ليس بحلِف . وإنما هو خَبَر عن الحلف ، فإذا كان كاذباً فيه لم يَصِرْ حالفاً ، كما لو قال : حلفت بالله ، وكان كاذباً . واختار أبو بكرة أنه يلزمه ما أقرّ به . وحكى فى « زاد المسافر » عن الميمونى ، عن أحمد ، أنه قال : من قال حلفتُ بالطلاق ولم يكن حَلَف ، يلزمه الطلاق ، ويُرْجَع إلى نيته فى الطلاق الثلاث ، أو الواحد[3] . وقال القاضى : معنى قول أحمد : يلزمه الطلاق ، أى فى الحكم . ويحتمل أنه أراد : يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق ، فَجَعله كنايةً عنه ، ولذلك قال : ويُرْجَع إلى نيته[4] . أما الذى قصد الكذب

---

(١) فى ٣٩ : إلى نية . (٢) فى ١٨ و ٣٩ : قال نعم .

(٣) فى ٣٩ و ١٨ أو الواحدة (٤) فى المطبوعة . يرجع إلى نيته بدون الواو . ورجحنا ما فى المخطوطات .

فلا نية له فى الطلاق ، فلا يقع به شىء ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق ، ولا نوى (به)[1] فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات . وذكر القاضى فى كتاب الأيمان ، فيمن قال : حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف ، هل يقع[2] به الطلاق ؟ على روايتين .

٥٨٠٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وهب زوجته لأهلها ، فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم يقبلوها فلا شىء ﴾

هذا المنصوص على أحمد فى هذه المسألة . وبه قال ابن مسعود ، وعطاء ، ومسروق ، والزُّهرى ، ومَكحول ، ومالك ، وإسحاق . وروى عن علىّ رضى الله عنه ، والنخَعى : إن قبلوها فواحدة بائنة ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت ، والحسن : إن قبلوها فثلاث ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجْعِية . وروى عن أحمد مثل ذلك . وقال ربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبو الزِّناد ، ومالك : هى ثلاث على كل حال ، قبلوها أو ردوها . وقال أبو حنيفة فيها كقوله فى الكناية الظاهرة ، قبلوها أو ردوها . وكذلك قال الشافعى . واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

ولنا : على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها : أنه تمليك للبُضع ، فافتقَرَ [فيه] إلى القبول ، كقوله : اختارى ، وأمرك بيدك ، وكالنكاح . وعلى أنها لا تكون ثلاثا : أنه لفظ محتمل ، فلا يُحْمَلُ على الثلاث عند الإطلاق ، كقوله : اختارى . وعلى أنها رجعية : أنها طلقة لمن عليها عِدّة بغير عوض قبل استيفاء العَدَد ، فكانت رجعية كقوله : أنت طالق ، وقوله : إنها واحدة محمول على ما إذا أطْلَقَ النيَّة ، أو نوى واحدة . فأما إن نوى ثلاثا ، أو اثنتين ، فهو على ما نوى . لأنها كناية غير ظاهرة ، فيرجع إلى نيته فى عددها كسائر الكنايات . ولا بد من أن ينوى بذلك الطلاق ، أو تكون ثَمَّ دلالةَ حال ، لأنها كناية ، والكنايات لابد فيها من النِّية كذلك قال القاضى[3] . وينبغى أن تُعْتَبَرَ النية من الذى يقبل أيضاً ، كما يعتبر اختيار الزوجة إذا قال: اختارى ، أو أمرك بيدك . إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها : قبلناها . نص عليه أحمد ، والحكم ، فى هبتها لنفسها ، أو لأجنبى ، كالحكم فى هبتها لأهلها .

٥٨٠١ (فصل)

فإن باع امرأته لغيره لم يقعْ به طلاق وإن نوى . وبهذا قال الثَّورى ، وإسحاق ، وقال مالك : تطلق واحدة ، وهى أملكُ بنفسها ، لأنه أتى بما يقتضى خروجَها عن ملكه ، أشبه مالو وهبها .

---

(١) ساقطة من ١٨ و ٣٩ (٢) فى المطبوعة و٢٠ : فهل يقع وما فى ١٨ ، ٣٩ أوضح .

(٣) فى المطبوعة : وقال القاضى .

ولنا : أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق ، لأنه نقلُ ملكٍ بعوض ، والطلاق مجردُ إسقاط لا يقتضي العوض ، فلم يقع به طلاق ، كقوله : اطعميني واسقيني .

٥٨٠٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها : أمرك بيدك ، فهو بيدها وإن تطاول ، ما لم يفسخ ، أو يطأها ﴾

وجملة ذلك أن الزوج مخيَّر بين أن يطلِّق بنفسه ، وبين أن يوكِّل فيه ، وبين أن يفوِّضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم خيَّر نساءه ، فاخترنه . ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها أبداً ، لا يتقيد ذلك بالمجلس . روى ذلك عن عليّ رضى الله عنه . وبه قال الحكم ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأى : هو مقصور على المجلس ، ولا طلاق لها بعد مفارقته لأنه تَخْيِيرٌ لها ، فكان مقصوراً على المجلس ، كقوله : اختارى .

ولنا : قول عليّ رضى الله عنه في رجل جعل أمْرَ امرأته بيدها ، قال : هو لها ، حتى تَنْكِل ، ولا نعرف له في الصحابة مخالفاً ، فيكون إجماعاً ، ولأنه نوع توكيل في الطلاق ، فكان على التراخي ، كما لو جعله لأجنبيّ ، وفارَقَ قوله : اختارى ، فإنه تخيير ، فإن رجع الزوج فيما جعل إليها ، أو قال : فسخت ما جعلت إليك ، بطل . وبذلك قال عطاء ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والأوزاعي ، وإسحاق . وقال الزهري ، والثوري ، ومالك ، وأصحاب الرأى : ليس له الرجوع ، لأنه ملّكها ذلك ، فلم يملك الرجوع كما لو طلقت .

ولنا : أنه توكيل ، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع ، وكما لو خاطب بذلك أجنبياً ، وقولهم : تمليك لا يصح ، فإن الطلاق لا يصح تمليكه ، ولا ينتقل عن الزوج ، وإنما يَنُوبُ فيه غيره عنه ، فإذا استناب غيرَه فيه كان توكيلا لا غير ، ثم وإن سُلِّمَ أنه تمليك ، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع . وإن وطئها الزوج كان رجوعاً ، لأنه نوع توكيل ، والتصرف فيما وكّل فيه يُبْطِل الوكالة : وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل ، كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

٥٨٠٣ (فصــــــل)

ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينوبه إيقاع طلاقها في الحال ، أو تطلِّق نفسها ، ومتى رَدَّت الأمر الذى جُعِل إليها بطل ، ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم ، منهم : ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومسروق ، وعطاء ، ومجاهد ، والزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وقال قتادة : إن رَدَّت فواحدة رجعية .

ولنا . أنه توكيل رده الوكيل ، أو تمليك لم يقبله المملَّك ، فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك .

فأما إن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ، ولم يحتج إلى قبولها ، كما لو قال : حبلك على غاربك .

٥٨٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن قالت : اخترت نفسي ، فواحدة تملك الرجعة ﴾

وجملة الأمر : المملكة والمخيرة إذا قالت : اخترت نفسي ، فهي واحدة رجعية . وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وروى عن عليّ : أنها واحدة بائنة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، لأن تمليكه إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها ، وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ، ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة ، وعن زيد بن ثابت : أنها ثلاث . وبه قال الحسن ، ومالك ، والليث ، إلا أن مالكا قال : إذا لم تكن مدخولا بها قُبِل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحجتهم : أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ، ولا يكون ذلك إلا بثلاث . وفي قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة ، فاكتفى بها .

ولنا : أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ، ولا نَوَتْ ذلك ، فلم تطلق ثلاثاً ، كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية .

٥٨٠٥ (فصل)

وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة ، فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت ، لأنها تملك الثلاث بالتصريح ، فتملكها بالكناية كالزوج . وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات ، فحكمها فيها حكم الزوج ، إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها : لا يدخل عليّ ونحوها وقع ما نَوَتْ .

قال أحمد : إذا قال لها : أمرُك بيدك ، فقالت : لا يدخل على إلا بإذن ، تُنَوَّى[١] في ذلك : إن قالت : واحدة فواحدة ، وإن قالت : أردت أن أغيظه قُبِل منها ، يعني لا يقع شيء . وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي ، فأتى بهذه الكنايات ، لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ، ثم إن طلق بلفظ صريح ثلاثا ، أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا ، وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه .

٥٨٠٦ (فصل)

وقوله : أمرك بيدك ، وقوله : اختاري نفسك ، كناية في حق الزوج ، يفتقر إلى نية أو دلالة حال ، كما في سائر الكنايات . فإن عدما لم يقع به طلاق ، لأنه ليس بصريح ، وإنما هو كناية ،

(١) في ١٨ : تنوا في ذلك ... وفي ٣٩ : ينوا في ذلك .

فيفتقر إلى ما تفتقر إليه سائر الكنايات . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال مالك : لا يفتقر إلى نية ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، وقد سبق الكلام معه فيها ، وهو أيضاً كناية فى المرأة إن قبلته بلفظ الكناية . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج . لأن الزوج علّق الطلاق بفعل من جهتها ، فلم يفتقر إلى نيتها ، كما لو قال : إن تكلمت فأنت طالق ، فتكلمت ، وقال : لا يقع إلا واحدة بائن ، وإن نوت ثلاثاً ، لأن ذلك تخيير ، والتخيير لا يدخل عَدَد ، كخيار المُعْتَقَة .

ولنا : أنها مُوقِعَةٌ للطلاق بلفظ الكناية ، فافتقر إلى نيتها كالزوج ، وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث ، لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث ، فإذا نوياه وقع ، كقوله : أنت بائن .

٥٨٠٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقال : لم أجعل إليها إلا واحدة ، لم يلتفت إلى قوله ، والقضاء ما قضت ﴾

وممن قال القضاء ما قضت : عثمان ، وابن عباس. وروى ذلك عن على ، وفضالة بن عبيد ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وعن عمر ، وابن مسعود : أنها تطليقة واحدة ، وبه قال [عطاء] مجاهد ، والقاسم ، وربيعة ، وملك ، والأوزعى ، والشافعى . وقال الشافعى : إن نوى ثلاثاً فلها أن تطلق ثلاثاً ، وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا ، والقول قوله فى نيته .

قال القاضى : ونقل عبدالله [1] عن أحمد مايدل على أنه إذا نوى واحدة فهى واحدة ، لأنه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه ، كقوله : اختارى .

ولنا : أنه لفظ يقتضى العموم فى جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف ، فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال : طلقى نفسك ما شئت ، ولا يقبل قوله : أردت واحدة ، لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ، ولا يدين فى هذا ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثاً .

٥٨٠٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الحكم إذا جعله فى يد غيرها ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح ، وحكمه حكم مالوجعله بيدها فى أنه بيده فى المجلس وبعده ، ووافق الشافعى على هذا فى حق غيرها ، لأنه توكيل ، وسواء قال له : أمر امرأتى بيدك ، أو قال: جعلت

(١) هو عبد الله بن أحمد بن حنبل .

لك الخيار فى طلاق امرأتى ، أو قال : طلق امرأتى ، وقال أصحاب أبى حنيفة : ذلك مقصور على المجلس ، لأنه نوع تخيير ، أشبه مالو قال اختارى .

ولنا : أنه توكيل مطلق ، فكان على التراخى كالتوكيل فى البيع ، وإذا ثبت هـذا ، فإن له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطاها ، وله أن يطلق واحدة وثلاثاً كالمرأة ، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله ، وهو العاقل . فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم[1] فإن فعل فطلق واحد منهم[2] لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأى : يصح .

ولنا : أنهما ليسا من أهل التصرف ، فلم يصح تصرفهم[3] ، كما لو وكلهم[4] فى العتق ، (وإن جعله فى يد كافر أو عبد صح ، لأنهما ممن[5] يصح طلاقه لنفسه ، فصح توكيلها فيه[6]) ، وإن جعله فى يد امرأة صح : لأنه يصح توكيلها فى العتق ، فصح فى الطلاق كالرجل . وإن جعله فى يد صبى يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته ، وقد مضى ذلك . وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه ، فقال : إذا قال لصبى طلق امرأتى ثلاثاً ، فطلقها ثلاثا ، لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهـذا الصبى امرأة فطلقها ، أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعـل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد فى امرأة صغيرة قال . لها أمرك بيدك ، فقالت : اخترت نفسى : ليس بشىء حتى يكون مثلها يعقل ، وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل ، وليست من أهل التصرف ، وظاهر كلام أحمد : أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها ، وإن لم تبلغ ، كما قررناه فى الصبى إذا طلق ، وفى الصبى رواية أخرى : لا يقع طلاقه حتى يبلغ ، فكذلك يخرج فى هذه ، لأنها مثله فى المعنى ، والله أعلم .

٥٨٠٩ (فصـــــل)

فإن جعله فى يد اثنين ، أو وكل اثنين فى طلاق زوجته صح ، وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد إلا أن يجعل إليه ذلك ، لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعاً ، وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وإن طلق أحدهما واحدة ، والآخر ثلاثا ، وقعت واحدة ، وبهذا قال إسحاق ، وقال الثورى : لا يقع شىء .

ولنا : أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذوناً فيها ، فصح كما لو جعل إليهما واحدة .

---

(١) فى ٣٩ : بأيديهما . (٢) فى ٣٩ . منهما . (٣) فى ٣٩ تصرفهما . (٤) فى ٣٩ . وكلهما .
(٥) فى المطبوعة . لأنه والسياق يقتضى ما أثبتناه من ١٨
(٦) ما بين الحاصرتين ساقط من ٣٩ . واستدركه فى ١٨ على الهامش .

٥٨١٠ (فصـــــــل)

ويصح تعليق أمرك بيدك ، واختاري نفسك بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبي صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً ، نحو أن يقول : اختاري نفسك ، وأمرك بيدك شهراً ، أو إذا قدم فلان ، فأمرك بيدك، أو اختاري نفسك يوما،أو يقول ذلك لأجنبي، قال أحمد:إن قال: إذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك ، فإذا دخل ذلك فأمرها بيدها ، وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضاً : إذا تزوج امرأة وقال لأبيها : إن جاءك خبري إلى ثلاث سنين ، وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره ، فطلقها الأب ، فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه. ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه ، فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ما جعله إليه ، في الوقت الذي عينه له لا قبله ولا بعده،وللزوج الرجوع في هذا ، لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه ، فإن طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج ، لأنه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة ، وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحمله القاضي على الاستحباب والاحتياط ، فإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق، ومنع منه أحمد أيضاً لهذه العلة ، وحمله القاضي أيضاً على الاستحباب لأن الأصل بقاء النكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين . وقول أحمد : رجوعه أن يشهد على أنه رجع فيما جعل إليه ، معناه : أنه لا يقبل قوله : إنه قد رجع إليه إلا ببينة ، ولو صدقته المرأة في أنه قد رجع قبل ، وإن لم تكن له بينة .

٥٨١١ ﴿ مســــــألة ﴾

قال﴿ ولو خيرها فاختارت فُرقتهَ من وقتها ، وإلا فلا خيار لها ﴾

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت في وقتها ، وإلا فلا خيار لها بعده . روى ذلك عن عمر، وعثمان ، وابن مسعود ، وجابر رضي الله عنهم. وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد، والشعبي، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك في إحدى الروايتين : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس وبعده ، ما لم يَفْسَخْ أو يَطَأْ . واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيّرها[1] « إنِّي ذَاكِرٌ لَكِ أَمْراً فَلاَ عَلَيْكِ أَلاَّ تَعجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ » ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها إليها ، فأشبه أمرك بيدك .

---

(٢) رواه الجماعة إلا أبا داود عن عائشة (ف) .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : قضى عمر وعثمان فى الرجل يخيِّر امرأته : أن لها الخيارَ ما لم يتفرقا . وعن عبد الله بن عمر قال : مادامت فى مجلسها، ونحوه عن ابن مسعود ، وجابر . ولم نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة ، فكان إجماعا . ولأنه خيار تمليك ، فكان على الفور كخيار القبول . فأما الخبر ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم جعل لها الخيار على التراخى ، وخلافنا فى المطْلَق . وأما أمرك بيدك فهو توكيل ، والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيِّده بِقَيْد ، بخلاف مسألتنا .

٥٨١٢ (فصـــل)

وقوله : فى وقتها ، أى : عقيب كلامه ، ما لم يخرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق، فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل خيارها . قال أحمد : إذا قال لامرأته : اختارى ، فلها الخيار ما داموا فى ذلك الكلام . فإن طال المجلس وأخذوا فى كلام غير ذلك ، ولم تَخْتَرْ فلا خيار لها وهذا مذهب أبى حنيفة ، ونحوه مذهب الشافعى، على اختلاف عنه . فقيل عنه : إنه يتقيد بالمجلس، وقيل: هو على الفور . وقال أحمد أيضاً : الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ويجاوبها ، إنما هو جواب كلام ، إن أجابته من ساعته ، وإلا فلا شىء . ووجهه : أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان ، فلم يصح كما لو قامت من مجلسها ، فإن قام أحدهما عن المجلس قَبْل اختيارها بَطَل خيارها . وقال أبو حنيفة : يَبْطُلُ بقيامها دون قيامه ، بناء على أصله فى أن الزوج لا يملك الرجوع . وعندنا أنه يملك الرجوع ، فبطل بقيامه ، كما يبطل بقيامها . وإن كان أحدهما قائماً أو مَشَى بطل الخيار ، وإن قعد لم يبطل . والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياء فى الخيار ، فيكون إعراضاً ، والقعود بخلافه . ولو كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لم يبطل ، لأن ذلك لا يبطل الفكرة . وإن تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار ، وإن كانت فى صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها ، وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وإن أكلت شيئا يسيراً ، أو قالت : بسم الله ، أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل ، لأن ذلك ليس بإعراض ، وإن قالت : أدع لى شهودا أشهدهم على ذلك لم يبطل خيارها ، وإن كانت راكبة فسارت بطل خيارها ، وهذا كله قول أصحاب الرأى .

٥٨١٣ (فصـــل)

فإن جعل لها الخيار متى شاءت ، أو فى مدة ، فلها ذلك فى تلك المدة وإذا قال : اختارى إذا شئت ، أو متى شئت ، أو متى ماشئت ، فلها ذلك ، لأن هذه تفيد جعل الخيار لها فى عموم الأوقات ، وإن قال : اختارى اليوم وغداً ، وبعد غد ، فلها ذلك فإن ردت الخيار فى الأول بطل كله ، وكذلك إن قال :لاتعجلى

حتى تستأمرى أبويك ونحوه ، فلها الخيار على التراخى . فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك لعائشة ، فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير . وإن قال : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا ، فردته فى اليوم الأول لم يبطل فى الثانى . وقال أبو حنيفة : لا يبطل فى المسألة الأولى أيضاً ، لأنهما خياران فى زمنين ، فلم يبطل أحدهما برد الآخر ، قياسا على المسألة الثانية .

ولنا : أنه خيار واحد فى مدة واحدة ، فإذا بطل أوله بطل مابعده ، كما لو كان الخيارُ فى يوم واحد ، وكخيار الشَّرط، وخيار المعتَقَة ، ولا نسلِّم أنهما خياران ، وإنما هو خيار واحد فى يومين ، وفارق ما إذا قال : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غداً ، فإنهما خياران ، لأن كل واحد ثبتَ بسبب مُفْرد . ولو خيَّرها شهراً فاختارت نفسها ، ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار . وعند أبى حنيفة : لها الخيار .

ولنا : أنها استوفت ما جعل لها فى هـذا العقد فلم يكن لها فى عقد ثان ، كما لو اشترط الخيار فى سِلْعَة مدة ، ثم فسخ ، ثم اشتراها بعقد آخر فى تلك المدة . ولو لم تَخْـتَرْ نفسها ، أو اختارت زوجها ، وطلقها الزوج ، ثم تزوجها بطل خيارها ، لأن الخيار المشروط فى عقد لا يثبت فى عقد سواه ، كما فى البيع ، والحكم فى قوله أمرك بيدك فى هـذا كله كالحكم فى التخيير ، لأنه نوع تَخْيير . ولو قال لها : اختارى ، أو أمرك بيدك اليوم ، وبعد الغد ، فردت فى اليوم الأول ، لم يبطل بعد فى غد ، لأنهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه ، فلم يبطُل أحدُهما ببطلان الآخر ، بخلاف ما إذا كان الزمان متَّصلا ، واللفظ واحداً ، فإنه خيـار واحد ، فبطل كلُّه بِبُطلان بعضه ، وإن قال : لك الخيار يوماً ، أو أمرك بيدك يوما ، فابتداؤه من حين نطق به ، إلى مثله من الغد . لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك . وإن قال : شهرا ، فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوماً إلى مثل تلك الساعة ، وإن قال : الشهر . أو اليوم ، أو السنة ، فهو على مابقى من اليوم والشهر والسنة .

٥٨١٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وليس لها أن تختار أكثر من واحدة ، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك ﴾

وجملة الأمر : أن لفظة التخيير لا تقتضى بمُطْلَقِها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر وعائشة رضى الله عنهم . وروى ذلك عن جابر ، وعبد الله بن عمرو ، وقال أبو حنيفة : هى واحـدة بائن . وهو قول ابن شُبْرُمة ، لأن اختيارها نفسها يقتضى زوال سلطانه عنها ، ولا يكون إلا بالبينونة . وقال مالك : هى ثلاث فى المدخول بها لأن المدخول بهالا تَبِينُ بأقل من ثلاث إلا أن تـكون بعوض .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإن من سميناً منهم قالوا : إن اختارت نفسها فهى واحـدة ،

وهو أحق بها . رواه النجاد عنهم بأسانيده . ولأن قوله : اختاري تفويض مطلق ، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وذلك طلقة واحدة . ولا يجوز أن تكون بائناً ، لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول ، فأشبه مالو طلّقها واحدة ، ويخالف قوله : أمرك بيدك ، فإنه للعموم ، فإنه اسم جنس ، فيتناول جميع أمرها ، لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها ، سواء جعله بلفظه ، مثل أن يقول : اختاري ما شئت ، أو اختاري الطلقات الثلاث إن شئت ، فلها أن تختار ذلك ، فإن قال : اختاري من الثلاث ما شئت ، فلها أن تختار واحدة أو اثنتين ، وليس لها اختيار الثلاث بكمالها ، لأن « مِنْ » للتَّبْعيض ، فقد جَعَل لها اختيار بعض الثلاث ، فلا يكون لها اختيار الجميع ، أو جَعَلَه نِيَّتُه ، وهو : أن ينوي بقوله : اختاري ، عدداً . فإنه يرجع إلى ما نواه ، لأن قوله : اختاري . كناية خفية ، فيرجعُ في قدر ما يقع بها إلى نيته ، كسائر الكنايات الخفية ، فإن نوى ثلاثاً ، أو اثنتين ، أو واحدة ، فهو على ما نوى . وإن أطْلَقَ النية فهي واحدة : وإن نوى ثلاثا فطلقت أقل منها وقع ما طلقته ، لأنه يعتبر قولها جميعاً ، فيقع ما اجتمعا عليه ، كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة ، والآخر ثلاثا .

٥٨١٥ (فصـــل)

وإن خيرها فاختارت زوجها ، أو رَدّتِ الخيار ، أو الأمْر ، لم يقع شيء . نص عليه أحمد في رواية الجماعة . وروى ذلك عن عمر ، وعلي ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شُبْرُمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر . وعن الحسن : تكون واحدة رجعية ، وروى ذلك عن عليّ ، ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد ، قال : فإن اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة ، وإن اختارت نفسها فثَلَاثٌ . قال أبو بكر : انفرد بهذا إسحاق بن منصور ، والعمل على ما رواه الجماعة . ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق ، فوقع بها بمجردها ، كسائر كناياته ، وكقوله : أنكحي من شئت .

ولنا : قول عائشة : قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان طلاقا : وقالت : لما أُمِرَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم بتخْيِيرِ أزواجه بَدَأَ بي ، فقال : « إنيِّ لمُخْبِرُكِ خَبَراً ، فَلاَ عَلَيْكِ ألاّ تَسْتأْمِري أبَوَيْك — ثم قال — إنَّ اللهَ تعالى قَالَ : « يَا أيُّها النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا — حتى بلغ — إنَّ اللهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً » فقالت : في أيٍّ هذا استأْمِرُ أبويَّ ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة . قالت : ثم فعل أزواج النبيِّ صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت » . متفق عليهما . قال مسروق . ما أبالي ، خَيَّرْتُ امرأتي واحدة أومائة أو ألفاً بعد أن تختارني ، ولأنها مخيَّرة اختارت النكاح ؟ فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد . فأما إن قالت : اخترت نفسي ،

فيفْتقرُ إلى نيَّتها ، لأنه لفظ كناية منها ، فإن نوى أحدُهما دون الآخر لم يقع ، لأن الزوج إذا لم يَنْوِ فما فوَّض إليها الطلاق ، فلا يصح أن يوقعه . وإن نوى ولم تَنْوِ هى فقد فوض إليها الطلاق ، فما أوقعته ، فلم يقع شىء كما لو وكَّل وكيلا فى الطلاق فلم يطلِّقْ وإن نويا جميعاً وقع ما نَوَيَاهُ من العَدَد إن اتفقا فيه . وإن نوى أحدُهما أقلَّ من الآخر وقع الأقلّ ، لأن ما زاد انفَرَدَ به أحدهما ، فلم يقع .

٥٨١٦ (فصل)

وإن قال : أمرك بيدك ، أو اختارى . فقالت : قبلتُ ، لم يقع شىء ، لأن أمرك بيدك ، توكيل ، فقولها فى جوابه : قبلت . ينصرف إلى قبول الوَكالة ، فلم يقع شىء ، كما لو قال لأجنبى : أمر امرأتى بيدك . فقال : قبلت . وقوله : اختارى فى معناه ، وكذلك إن قالت : أخذت أمرى . نص عليهما أحمد فى رواية إبراهيم بن هانىء ، إذاقال لامرأته : أمرك بيدك ، فقالت : قبلت : ليس بشىء حتى تبين . وقال : إذا قالت : أخذت أمرى ، ليس بشىء . قال : وإذا قال لامرأته : اختارى فقالت : قبلت نفسى ، أو قالت : اخترت نفسى ، كان أَبيَن . قال القاضى : ولو قالت : اخترت ، ولم تقل : نفسى ، لم تطلق وإن نوت . ولو قال الزوج : اختارى ، ولم يقل : نفسك ، ولم ينوه لم تطلق ما لم تذكر نفسها ، ما لم يكن فى كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام إليه ، لأن ذلك فى حكم التفسير . فإذا عَرِىَ عن ذلك لم يصحّ . وإن قالت : اخترت زوجى ، أو اخترت البقاء على النكاح ، أو رددت الخيار ، أورددت عليك سفهتك ، بطل الخيار . وإن قالت : اخترت أهلى ، أو أبوى ، ونوت ، وقع الطلاق ، لأن هذا يصلح كناية من الزوج فيما إذا قال : الحق بأهلك ، فكذلك منها ، وإن قالت : اخترت الأزواج فكذلك ، لأنهم لا يَحِلُّون إلا بمفارقة هذا الزوج ، ولذلك كان كناية منه فى قوله : انكحى من شئت .

٥٨١٧ (فصل)

فإن كرر لفظ الخيار ، فقال : اختارى ، اختارى ، اختارى . فقال أحمد : إن كان إنما يردد عليها ليفهما وليس نِيَّتُه ثلاثا فهى واحدة . وإن كان أراد بذلك ثلاثاً فهى ثلاث ، فَرَدَّ الأمرَ إلى نيّته فى ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا قبلت وقع ثلاثاً ، لأنه كرَّرَ ما يقع به الطلاق ، فتكرر كما لو كرر الطلاق .

ولنا أنه يحتمل التأكيد ، فإذا قصده قُبِلَ منه ، كما لو قال : أنت طالق الطلاق . وإن أطلَق فقد روى عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة ، وهذا اختيار القاضى ، ومذهب عطاء ، وأبى ثور ،

لأن تكرير التخيير لا يزيد به الخيار ، كشرط الخيار فى البيع ، وروى عن أحمد إذا قال لامرأته : اختارى ، فقالت : اخترت نفسى ، هى واحدة . إلا أن يقول : اختارى ، اختارى ، اختارى . وهذا يدل على أنها تَطْلُق ثلاثاً ، ونحوه قال الشعبى ، والنخعى ، وأصحاب الرأى ، ومالك ، لأن اللفظة الواحدة تقتضى طَلْقَة ، فإذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق .

٥٨١٨ (فصـــــل)

فإن قال لزوجته : طلقى نفسك ، ونوى عدداً ، فهو على ما نوى . وإن أَطْلقَ من غير نيّة لم يملك[1] إلا واحدة ، لأن الأمر المُطْلَق يتناول أقلّ ما يقع عليه الاسم ، وكذلك الحكم لو وكّل أجنبيا ، فقال طلق زوجتى ، فالحكم على ما ذكرناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : طلقى نفسك ، ونوى ثلاثاً ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، فهى ثلاث . وإن كان نوى واحدة فهى واحدة ، وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثاً ، فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم يَنْوِ تناوَلَ اليقين ، وهو الواحدة فإن طلقت نفسها ، أو طلّقها الوكيل فى المجلس ، أو بعده ، وقع الطلاق، لأنه توكيل . وقال القاضى : إذا قال لها : طلقى نفسك ، تقيد بالمجلس ، لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس ، كقوله : اختارى .

ولنا : أنه توكيل فى الطلاق ، فكان على التراخى ، كتوكيل الأجنبى . وكقوله : أمرك بيدك . وفارق اختارى ، فإنه تخيير ، وما ذكروه ينتقض بقوله : أمرك بيدك ، ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية ، مع النية وقال بعض أصحاب الشافعى : ليس لها أن توقعه بالكناية ، لأنه فوّضه إليها بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فَوّض إليها .

ولنا : أنه فوض إليها الطلاق ، وقد أوقعته فوقع ، كما لو أوقعته بلفظ الصريح . وما ذكره غير صحيح ، فإن التوكيل فى شىء لا يقتضى أن يكون إيقاعُه بلفظ الأمر . من جهته ، كما لو قال لوكيله : بع دارى ، جاز له بيعها بلفظ التمليك ، وإن قال لها : طلقى ثلاثاً ، فطلقت واحدة ، وقع . نص عليه ، وقال مالك : لا يقع شىء ، لأنها لم تمتثل أمره .

ولنا : أنها ملكت إيقاع ثلاث فلكت إيقاع واحدة كالموكل ، ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة ، فقال : قبلت واحداً منهم صح ، كذا ههنا . وإن قال : طلقى واحدة فطلقت ثلاثاً ، وقعت واحدة نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك ، والشافعى وقال أبو حنيفة : لا يقع شىء ، لأنها لم تاتِ بما يصلُح قبولا ، فلم يصحّ كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد ، فقال : قبلت البيع فى جميعه .

---

(١) الظاهر (لم تملك) بالتاء لا بالياء .

ولنا : أنها أوقعت طلاقا مأذونًا فيه ، وغيره، فوقع المأذون فيه دون غيره ، كما لو قال : طلقى نفسك ، فطلقت نفسها وضَرَائِرَها ، فإن قال : طلقى نفسك ، فقالت : أنا طالق إن قدم زيد ، لم يصح . لأن إذْنَه انصرف إلى المُنْجَزِ فلم يتناول المعلَّق على شرط ، وحكم توكيل الأجنبى فى الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله .

٥٨١٩ (فصـــل)

نقل عنه أبو الحارث : إذا قال : طلقى نفسك طلاق السنة ، قالت : قد طلقت نفسى ثلاثًا ، هى واحدة ، وهو أحقُّ برجعتها ، إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ ، وهو طلقة واحدة ، سيما وطلاق السُّنَّة فى الصحيح طلقة واحدة فى طهر لم يصبها فيه .

٥٨٢٠ (فصـــل)

ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض ، وحكمه حكم ما لا عِوَض له فى أن له الرجوع فيما جعل لها، وأنه يبطل بالوطء . قال أحمد : إذا قالت امرأته : اجعل أمرى بيدى ، وأعْطِيك عبدى هذا ، فَقَبَضَ العبد ، وجَعَلَ أمرها بيدها ، فلها أن تختار ما لم يطأْها أو ينقضه ، وذلك لأنه توكيل ، والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه ، وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ، ما لم يتصل به القبول كالبيع .

٥٨٢١ (فصـــل)

إذا اختلفا فقال الزوج : لم أنْوِ الطلاق بلفظ الاختيار ، وأمرك بيدك . وقالت : بل نويت ، كان القول قوله ، لأنه أعلم بِنِيَّتِهِ ، ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ، ما لم يكن جوابَ سؤال ، أو معها دلالةُ حال ، وإن قال : لم تنْوِى الطلاق باختيار نفسك ، وقالت : بل نويت ، فالقول قولها لما ذكرنا . وإن قالت : قد اخترت نفسى ، وأنكر وجود الاختيار منها ، فالقول قوله ، لأنه منكر له ، وهو مما يمكنه عِلمُه وتُمْكِنُها إقامة البينة عليه ، فأشبه مالو علق طلاقها على دخول الدار ، فادعَتْه فأنكره .

٥٨٢٢ (فصـــل)

إذا قال لزوجته : أنت على حرام . وأطْلَق ، فهو ظِهار . وقال الشافعى : لا شىء عليه . وله قول آخر : عليه كفارة يمين ، وليس بيمين . وقال أبو حنيفة : هو يمين ، وقد روى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ابن الخطاب، وابن مسعود رضى الله عنهم . وقال سعيد : حدثنا خالد بن عبدالله ، عن جويبر ، عن الضحاك : أن أبا بكر ، وعمر ، وابن مسعود ، قالوا ، فى الحـــرام يمين ، وبه قال ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وعن أحمد ما يدل على ذلك ، لأن الله تعالى قال : « لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ الله

لكَ » ثم قال : « قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ[١] » وقال ابن عباس « لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فى رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ[٢] » ، ولأنه تحريم للحلال ، أشبه تحريم الأمة .

ولنا : أنه تحريم للزوجة بغير طلاق ، فوجبت به كفارة الظِّهار ، كما لو قال : أنت علىّ حرام كظهر أمى . فأما إن نوى غيرَ الظهار فالمنصوص عن أحمد فى رواية جماعة . أنه ظهار ، نوى الطلاق أو لم ينوه . وذكره الخِرَقى فى موضع غير هذا ، وممن قال : إنه ظهار : عثمان بن عفان ، وابن عباس ، وأبو قِلابة ، وسعيدجُبير ، وميمون بنمِهران ، والبتى . روى الأثرم بإسناده عنابن عباس فى الحرام : أنه تحرير رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، أو إطعامستين مسكينا، ولأنه صريح فى تحريمها، فكان ظهاراً . وإن نوى غيره كقوله : أنت علىّ كظهر أمىّ وعن أحمد : أنه إذا نوى الطلاق كانطلاقا . قال :إذا قال:ما أحل الله على حرام ، يعنى به الطلاق ، أخاف أن يكون ثلاثا ، ولا أفتى به . وهذا مثل قوله فى الكنايات الظاهرة ، فكأنه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوى فى رجل قال لا مرأته : أمرك بيدك ، فقالت : أنا عليك حرام ، فقد حرمت عليه ، فجعله منها كناية فى الطلاق ، فكذلك من الرجل . واختاره ابن عقيل . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى . وروى ذلك عن ابن مسعود . وممن روى عنه أنه طلاقٌ ثلاثٌ علىّ ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة ، والحسن البصرى ، وابن أبى ليلى . وهو مذهب مالك فى المدخول بها ، لأن الطلاق نوع تحريم ، فصح أن يُكْنَى به عنه ، كقوله : أنت بائن . فأما إن لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقا بحال ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق ، فإذا لم ينو معه لم يَقَعْ به طلاق كسائر الكنايات . وإن قلنا . إنه كناية فى الطلاق ، ونوى به ، فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعى . وكلٌّ على أصله . ويمكن حمله على الكنايات الخفية . إذا قلنا . إن الرجعة محرِّمة ، لأن أقل ما تحرُم به الزوجة طلقة رجعية ، فحمل على اليقين . وقد روى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه قال : إذا قال : أنت على حرام ، أعنى به طلاقا ، فهى واحدة . وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، والزهرى . وقد روى عن مسروق ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبى : ليس بشىء ، لأنه قول هو كاذب فيه ، وهذا يَبْطُلُ بالظهار ، فإنه منكَرٌ من القول وزور ، وقد وجبت الكفارة ، ولأن هذا إيقاع للطلاق ، فأشبه قوله : أنت بائن ، أو أنت طالق . وروى عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يمينا . فإنه قال فى رواية مهنا : إنه إذا قال : أنت على حرام ، ونوى يمينا ، ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين ، وإنما الإيلاء أن يحلف بالله ألا يَقْرَب امرأته .

---

(١) سورة التحريم آية ١ ، ٢ (٢) سورة الأحزاب آيه ٢١

فظاهر هذا أنه إذا نوى اليمين كانت يمينا . وهذا مذهب ابن مسعود ، وقول أبي حنيفة ، والشافعي ، وممن روى عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق ، وعمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وسعيد ابن المسيب ، والحسن وعطاء ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، وقتادة ، والأوزاعي . وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول . إذا حرّم الرجل عليه امرأته فهي يمين ، يكفرها . وقال : « لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ[1] » ولأن الله تعالى قال: « يَا أَيُّها النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ ؟ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ واللهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ * قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ[2] » . فجعل الحرام يمينا . ومعنى قوله . نوى يمينا . والله أعلم ، أنه نوى بقوله . أنت على حرام . ترك وطئها واجتنابها ، وأقام ذلك مقام قوله . والله لا وَطِئْتُكِ .

٥٨٢٣ (فصــــل)

وإن قال : أنت على حرام ، أعنى به الطلاق ، فهو طلاق . رواه الجماعة عن أحمد . رروى عنه أبو عبد الله النيسابوري . أنه قال : إذا قال: أنت عليّ حرام ، أريد به الطلاق — كنت أقول إنها طالق — يكفِّر كفارةَ الظِّهار ، وهذا كأنه رجوع عن قوله : إنه طلاق . ووجهه . أنه صريح في الظهار ، فلم يصَرْ طلاقاً بقوله : أريد به الطلاق ، كما لو قال أنت على كظهر أمى ، أعنى به الطلاق . قال القاضي : ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق ، وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعه ، لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً ، كما لو ضربها وقال : هذا طلاقك ، وليس هذا صريحاً في الظهار ، إنما هو صريح في التحريم ، والتحريم يتَنَوَّع إلى تحريم بالظهار ، وإلى تحريم بالطلاق ، فإذا بيَّن بلفظه إرادةَ تحريم الطلاق ، وجب صرفهُ إليه . وفارق قوله أنتِ عليّ كظهر أمِّي ، فإنه صريح في الظهار ، وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة ، فلم يمكن جعلُ ذلك طلاقاً ، بخلاف مسألتنا . ثم إن قال : أعنى به الطلاق ، أو نوى به ثلاثاً ، فهي ثلاثُ نص عليه أحمد ، لأنه أتى بالألف واللام ، التي للاستغراق ، تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله . وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه مايحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال : أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها ، سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن ، لأن الألف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر أسماء الأجناس . وإن قال : أعنى به طلاقاً فهو واحدة ، لأنه ذكره منكَّراً ، فيكون طلاقاً واحداً ، نص عليه أحمد . وقال في رواية حنبل[3] : إذا قال أعنى طلاقاً ، فهي واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه ألف ولام .

---

(١) سورة الأحزاب ٢١ (٢) سورة التحريم آية ١ ، ٢

(٣) هو عم الإمام أحمد بن حنبل .

٥٨٢٤ (فصــــل)

فإن قال : أنت علىّ كظهر أمى ، ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً ، لأنه صريح فى الظهار ، فلم يصلح كناية فى الطلاق ، كما لا يكون الطلاق كناية فى الظهار ، ولأن الظهار تشبيه بمن هى محرَّمة على التأبيد ، والطلاق يُفيد تحريماً غير مؤبَّد ، فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر ، ولو صرح به فقال : أعنى به الطلاق ، لم يصر طلاقا ، لأنه لا يصلح الكناية به عنه .

٥٨٢٥ (فصــــل)

وإن قال : أنت على كالميتة والدم، ونوى به الطلاق كان طلاقا ، لأنه يصلح أن يكون كناية فيه ، فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ، ويقع به من عَدَد الطلاق ما نواه ، فإن لم ينْوِ شيئاً وقعت واحدة ، لأنه من الكنايات الخفيَّة . وهذا حكمها . وإن نوى به الظهار وهو : أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها ، احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا فى قوله : أنت علىّ حرام ، واحتمل ألا يكون ظهاراً ، كما لو قال : أنت علىّ كظهر البهيمة ، أو كظهر أمى . وإن نوى اليمين وهو : أن يريد بذلك ترك وطئها ، لا تحريمها ، ولا طلاقها ، فهو يمين . وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق، ولا نواه به . وهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين .

أحدهما : يكون ظهاراً ، لأن معناه ،أنت حرام علىّ كالميتة والدم،فإن تشبيهها بهما يقتضى التشبيه بهما فى الأمر الذى اشتهرا به ، وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمُ » :[1]

والثانى : يكون يميناً ، لأن الأصل براءة الذمة ، فإذا أتى بلفظ مُحتمَل ثبت به أقل الحكمين ، لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا نثبته بالشك ، ولا نزول عن الأصل إلا بيقين ، وعند الشافعى : هو كقول : أنت على حرام سواء .

٥٨٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه ، وقع الطلاق ، ولم ينفعه الاستثناء ﴾

وجملة ذلك : أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا يصح نطقا ولا نية ، وذلك نوعان (أحدهما)[2] : ما يرفع حكم اللفظ كله ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، أو أنت طالق طلقة لا تلزمك ، أو لا تقع عليك ، فهذا لا يصح بلفظه ولا بنيته ، لأنه يرفع حكمَ اللفظ كله ، فيصيرُ الجميع لغواً ، فلا يصح هذا فى اللغة بالاتفاق . وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ، ووقع الطلاق .

---

(١) سورة المائدة آية ٣ (٢) هكذا ، ولم يذكر النوع الثانى . ولم نجده فى الأصول التى بين أيدينا .

الضرب الثانى : ما يُقْبَل لفظا ، ولا يقبل نيّة ، لافى الحكم ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى . وهو استثناء الأقل ، فهـذا يصح لفظا ، لأنه من لسان العرب ، ولا يصح بالنية . مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً ويستثنى بقلبه[1] إلا واحدة . أو أكثر فهذا لا يصح ، لأن العدد نص فيما تناوله ، لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ . فإن اللفظ أقوى من النية . ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ فى غير ما يصلح له ، فوقع مقتضى اللفظ ، وَلَغَتْ نيته .

وحكى عن بعض الشافعية : أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى[2] ، كما لو قال : نسائى طوالق ، واستثنى بقلبه إلا فلانة . والفرق بينهما . أن نسائى اسم عام ، يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له ، وقد استُعْمِل العمومُ بإزاء الخصوص كثيراً ، فإذا أراد به البعض صح . وقوله : ثلاثا اسم عدد للثلاث ، لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ، ولا يحتمل سواها بوجه ، فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ مالا يحتَمِله ، وإنما تعمل النية فى صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته ، فأما مالا يحتمل فلا ، فإنا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ، ومجرد النية لا تعمل فى نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال : نسائى الأربع طوالق ، أو قال لهن : أربعتكن طوالق ، واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولا يدين فيه ، لأنه عنى باللفظ مالا يحتمل .

الضرب الثالث : ما يصح نطقاً ، وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وذلك مثل تخصيص اللفظ العام ، أو استعمال اللفظ فى مجازه ، مثل قوله نسائى طوالق يريد بعضهن ، أو ينوى بقوله : طالق ، أى من وثاق ، فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً ، لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله فى الخصوص ،وهذا سائغ فى اللغة ، شائع فى الكلام فلا يمنع من استعماله ، والتكلم به ، ويكون اللفظ بنيتهِ منصرفاً إلى ما أراده دون مالم يرده ، وهل يقبل ذلك فى الحكم ؟ يخرج عن روايتين .

إحداهما . يقبل، لأنه فسر كلامه بما يحتمله ، فصح كما لو قال : أنت طالق أنت طالق : وأراد بالثانية إفهامها .

والثانية : لا يقبل ، لأنه خلاف الظاهر ، وهو مذهب الشافعى ، ومن شرط هـذا : أن تكون النية مقارنة للفظ ، وهو أن يقول : نسائى طوالق ، يقصد بهـذا اللفظ بعضهن ، فأما إن كانت النية متأخرة عن االلفظ فقال : نسائى طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن ، لم تنفعه النية ، ووقع الطلاق بجميعهن ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : بضميره . (٢) فى المخطوطة ١٨ : سبحانه .

وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن ، أى : من وثاق ، لزمه الطلاق ، لأنه مقتضى اللفظ ، والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها ، فلا تعمل .

ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال ، مثل أن يقول : أنت طالق ، ثم يصله بشرط أو صفة ، مثل قوله : إن دخلت الدار ، أو بعد شهر أو قال : إن دخلت الدار بعد شهر ، فهذا يصح إذا كان نطقاً[1] بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على روايتين .

قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فيمن حلف لا تدخل الدار وقال : نويت شهراً ، يقبل منه أو قال . إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ، ونوى تلك الساعة ، وذلك اليوم ، قبلت نيته .

والرواية الأخرى : لا تقبل ، فإنه قال : إذا قال لامرأته : أنت طالق ، ونوى فى نفسه[2] إلى سنة ، تطلق ليس ينظر[3] إلى نيته ، وقال : إذا قال : أنت طالق وقال : نويت إن دخلت الدار : لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يُحْمل قوله فى القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقوله فى عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف . والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها : أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير ، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ ، فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال : هذا كله من جملة التخصيص .

٥٨٢٧ (فصـــــل)

وإذا قالت له امرأة من نسائه : طلقنى . فقال : نسائى طوالق ، ولا نية[4] له ، طلقن كلهن بغير خلاف ، لأن لفظه عام ، وإن قالت له : طلق نساءك ، فقال : نسائى طوالق ، فكذلك ، وحكى عن مالك : أن السائلة لا تطلق فى هذه الصورة ، لأن الخطاب العام يُقْصَر على سببه الخاص ، وسببه سؤال طلاق من سواها .

ولنا : أن اللفظ عام فيها ، ولم يرد به غير مقتضاه ، فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، لأن دليل الحكم هو اللفظ ، فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ، ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه ، واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فإن أخرج السائلة بنيته دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى فى الصورتين . وقبل فى الحكم فى الصورة الثانية ، لأن خصوص السبب دليل على نيته ، ولم يُقْبَل فى الصورة الأولى : قاله ابن حامد[5] ، لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها ، فلا يصدق فى صرفه عنها ، لأنه يخالف الظاهر من وجهين ، ولأنها سبب

---

(١) فى ٢٠ منطوقا (٢) فى ٢٠ : فى ضميره (٣) فى ٣٩ : ولا ينظر

(١) فى ٣٩ : وليس له نية (٢) فى ٢٠ : كذا قال ابن حامد

الطلاق ، وسبب الحكم لا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص ، وقال القاضى : يحتمل ألا تطلق ، لأن لفظه عام ، والعام يحتمل التخصيص .

٥٨٢٨ (فصـل)

فإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال : إنما أردت الطلاق فى الحال ، لكن سبق لسانى إلى الشرط ، طلقت فى الحال ، لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه ، كما لو قال : قد طلقتها فإن قال بعد ذلك : كذبت ، وإنما أردت طلاقها عند الشرط ، دين فى ذلك ولم يقبل فى الحكم ، لأنه رجوع عما أقر به .

٥٨٢٩ (فصـل)

وقول الخرقى : واستثنى شيئاً بقلبه ، يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ، ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين ، منهم : الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وحكى عن أبى بكر : أن الاستثناء لا يؤثر فى عدد الطلقات ، ويجوز فى المطلقات ، فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وقع الثلاث . ولو قال نسائى طوالق إلا فلانة ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه ، والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء فى المطلقات ، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع ، إذ لو كان كذلك لما صح فى المطلقات ولا الإعتاق ، ولا فى الإقرار ، ولا الأخبار ، وإنما هو مبيّن أن المستثنى غير مراد بالكلام ، فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل . فقوله : « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَاماً »[1] ، عبارة عن تسعمائة وخمسين ، وقوله : « إِنَّنِي بَرَاءٌ مِمَّا تَعْبُدُونَ * إِلاَّ الَّذِي فَطَرَنِي »[2] . تبرؤ من غير الله . فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، عبارة عن اثنتين لا غير ، وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف . فالأسماء : غير ، وسوى . والأفعال : ليس ، ولا يكون ، وعدا . والحروف : حاشا ، وخلا . فأى كلمة استثنى بها صح الاستثناء .

٥٨٣٠ (فصـل)

ولا يصح استثناء الأكثر ، نص عليه أحمد . فلو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، وقع ثلاث . والأكثرون على أن ذلك جائز ، وقد ذكرناه فى الإقرار . وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه فى القليل

---

(١) سورة العنكبوت آية ١٤ (٢) سورة الزخرف آية ٢٦ ، ٢٧

من الكثير ، وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع اثنتان . وإن قال : إلا اثنتين وقع ثلاث . وإن قال : طلقتين إلا طلقة ففيه وجهان (أحدهما) : يقع طلقة . (والثانى) : طلقتان ، بناء على استثناء النصف هل يصح أولا ؟ على وجهين .

وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وقع ثلاث ، بغير خلاف ، لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه ، فلا يصح أن يرفع جميعه . وإن قال : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع ثلاث ، لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر ، وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فقد رَفَعَ جميعَها ، وكلاهما لا يصح . وإن قال خمساً إلا طلقة ففيه وجهان .

أحدهما : يقع ثلاث ، لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى ، فكأنه قال : أنت طالق أربعا . والثانى : يقع اثنتان، ذكره القاضى ، لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات وهى الثلاث ، وما زاد عليها يلغو ، وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ، ويقع طلقتان .

وإن قال : أنت طالق أربعا إلا اثنتين ، فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء ، ويقع اثنتان . وعلى قول القاضى ينبغى ألا يصح الاستثناء ، ويقع ثلاث ، لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث ، فيكون استثناء الأكثر .

٥٨٣١ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها ، فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا ، وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى إلغائه[1] وإلغاء المستثنى منه بطل[2] كاستثناء الجمع ، ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغائه مع إلغاء غيره ، ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة فى أحد الوجهين، فيكون استثناء للجميع.

والوجه الثانى : يصح الاستثناء ، ويقع طلقتان ، لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة ، فيصير مستثنياً لواحدة من ثلاث ، ولذلك لو قال : له على مائة وعشرون درهما إلا خمسين صح ، والأول ، أصح ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى .

وإن قال : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة ، فعلى الوجه الثانى يصح الاستثناء ، وعلى الوجه الأول (يخرج)[3] فى صحته وجهان ، بناء على استثناء النصف . وإن قال : أنت طالق ، وطالق وطالق إلا

(١) فى النسخ المطبوعة (الغاية) والصواب إلغائه كما فى الشرح الكبير ص ٣٥١ (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : فهو باطل . (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨

طلقة . أو قال : طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة ، فالحكم فى ذلك كالحكم فى المسألة الأولى سواء . وإن كان العطف بغير واو كقوله : أنت طالق فطالق فطالق ، أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلقة ، لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضى الترتيب ، وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح . وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين لم يصح الاستثناء ، لأنه إن عاد إلى الجملة التى تليه فهو رفع لجميعها ، وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فهو رفع لأكثرها ، وكلاهما لا يصح . ويحتمل أن يصح ، بناء على أن العطف بالواو يجمل الجملتين جملة واحدة ، وأن استثناء النصف يصح ، فكأنه قال : أربعاً إلا اثنتين وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة ، احتمل أن يصح ، لأنه استثنى واحدة من ثلاث : واحتمل ألا يصح ، لأنه إن عاد إلى الرابعة فقد بقى بعدها ثلاث ، وإن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع .

٥٨٣٢ (فصــل)

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة وطلقة ، ففيه وجهان .

أحدها : يلغو الاستثناء ، ويقع ثلاث ، لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه ، فيصير مستثنياً الثلاث من ثلاث . وهذا وجه لأصحاب الشافعى ، وقول أبى حنيفة .

والثانى : يصح الاستثناء فى طلقة ، لأن استثناء الأول جائز ، وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة ، فيلغُوا وحده . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح استثناء اثنتين ، ويلغو فى الثالثة ، بناء على أصلهم فى أن استثناء الأكثر جائز . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى .

وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة . ففيه وجهان : وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف ، احتمل وجهين أيضاً .

أحدها : يلغو الإستثناء ، لأن النصف يكمل ، فيكون مستثنيا للأكثر فيلغو .

والثانى : يصح فى طلقة ، فتقع طلقتان لما ذكرنا فى التى قبلها . فإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وإلا واحدة ، فإن كان عاطفا الاستثناء على الاستثناء ، فيصح الأول ، ويلغو الثانى ، لأننا لو صححناه لكان مستثنيا للأكثر ، فيقع به طلقتان . ويجىء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما ، فتقع طلقة واحدة . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة ، فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثانى ، ويصح الأول ، فيقع به طلقتان . ويحتمل أن يقع به الثلاث ، لأن الاستثناء الثانى معناه : إثبات طلقة فى حقها ، لكون الاستثناء من النفى اثباتاً ، فيُقْبَل ذلك

فى إيقاع طلاقه ، وإن لم يُقْبَل فى نَفْيه كما لو قال : أنت طالق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث . ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا نصف طلقة وقع به ثلاث ، فكمل النصف فى الإثبات ، ولم يكمل فى النفى .

٥٨٣٣ (فصـــل)

ويصح الاستثناء من الاستثناء، ولا يصح منه فى الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها، وهى قوله : أنت: طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة ، فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف ، فيقع به طلقتان . فإن قيل : فكيف أجَزْتُم استثناء الاثنتين من الثلاث وهى أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليهما ، بل وَصَلَهُمَا ، بأن استثنى منها طلقة ، فصار عبارة عن واحدة . وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين لم يصح ، لأن استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح، لأنهما أكثرها، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح، لأنهما جميعها. وإن قال : ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة لم يصح، ووقع ثلاث، لأنه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقى اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الأولى ، فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر : أنه يصح لأن الاستثناء الأول يَلْغُو، لكونه استثناء الجميع ، فيرجع إلى قوله : إلا واحدة إلى الثلاث المُثْبَتَة، فيقع منها طلقتان، والأول أولى ، لأن الاستثناء من الإثبات نفى ، ومن النفى إثبات ، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتاً لها ، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة ، لأنه يكون إثباتا من إثبات . ولا يصح الاستثناء فى جميع ذلك إلا متصلا بالكلام ، وقد ذُكِرَ فى الإقرار والله أعلم .

٥٨٣٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها : أنت طالق فى شهر كذا ، لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذى يلى الشهر المشترط ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أنت طالق فى شهر عَيَّنَه كشهر رمضان وقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذى قبله ، وهو من شهر شعبان . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو ثور : يقع الطلاق فى آخر رمضان ، لأن ذلك يُحْتَمَل وقوعه فى أوله وآخره ، فلا يَقَع إلا بعد زوال الاحتمال .

ولنا : أنه جَعَلَ الشَّهْرَ ظَرْفاً للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت ، كما لو قال : إذا دخلتِ الدار فأنت طالق ، فإذا دخلَت أول جزء منها(١) طلقت . فأما إن قال : إن لم أقضِكَ حقَّكَ فى شهر رمضان فامرأتى طالق ، لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه، لأنه إذا قضاه فى آخر ، لم توجد الصفة ، وفى الموضعين لا يُمْنَعُ من وَطْءِ زوجته قبل الحِنث . وقال مالك : يُمْنَعُ ، وكذلك

(١) أى أول جزء من الدار .

كل يمين على فعل يفعله ، يُمْنعَ من الوطء قبل فِعْله ، لأن الظاهر أنه على حِنْث ، لأن الحِنْث بتَرْك الفعل ، وليس بفاعله .

ولنا : أن طلاقه لم يقع ، فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين ، كما لو حلف لا فَعَلْتَ كذا ، ولو صحّ ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق .

٥٨٣٥ (فصـــل)

ومتى جَعَلَ زمنا ظرفاً للطلاق وقع الطلاق فى أول جزء منه ، مثل أن يقول : أنت طالق اليوم أو غداً ، أو فى سنة كذا ، أو شهر المحرم ، لما ذكرنا . فإن قال : فى آخره ، أو أوسطه ، أو يوم كذا منه ، أو فى النهار دون الليل ، قُبِلَ منه فيما بينه وبين الله تعالى . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : أنت طالق فى أول رمضان ، أو غرة رمضان ، أو فى رأس شهر رمضان ، أو دخول شهر رمضان ، أو استقبال رمضان ، أو مجيء شهر رمضان ، طلقت بأول جزء منه ، ولم يقبل قوله : أردت أوسطه ، أو آخره ، لا ظاهراً ولا باطناً ، لأنه لا يَحْتَمِلُهُ لَفْظُهُ . وإن قال بانقضاء رمضان ، أو انسلاخه ، أو نفاده ، أو مُضِيِّه ، طلقت فى آخر جزء منه . وإن قال : أنت طالق فى أول نهار شهر رمضان أو فى أول يوم منه ، طلقت بطلوع الفجر أول يوم منه ، لأن ذلك أول النهار واليوم . ولهذا لو نذر اعتكاف يوم ، أو صيام يوم ، لزمه من طلوع الفجر . وإن قال : أنت طالق إذا كان رمضان أو إلى رمضان ، أو إلى هلال رمضان ، أو فى هلال رمضان ، طلقت ساعة يستهل إلا أن يكون نوى من الساعة إلى الهلال ، فتطلق فى الحال . وإن قال : أنت طالق فى مجيء ثلاثة أيام ، طلقت فى أول اليوم الثالث .

٥٨٣٦ (فصـــل)

وإذا أوقع الطلاق فى زمن ، أو علقه بصفة ، تعلق بها ، ولم يقع حتى تأتى الصفة والزمن ، وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعى ، وأبى هاشم : والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال سعيد بن المسيب والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، ومالك : إذا علّق الطلاق بصفة تأتى لا محالة ، كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس ، أو دخل رمضان ، طلقت فى الحال ، لأن النِّكاح لا يكون مؤقتا بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً .

ولنا : أن ابن عباس كان يقول فى الرجل[1] يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال : يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولأنه إزالة مِلْك يصح تعليقه بالصفات ، فمتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتق ،

(١) فى ٢٠ . قال فى الرجل . . .

فإنهم سلّموه . وقد احتج أحمد بقول أبى ذر : « إنَّ لِى إبِلاً يَرْعَاهَا عَبْدٌ لِى وَهُوَ عَتِيقٌ إلىَ الْحَوْل » ، ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق إذا قدم الحاجّ ، وليس هـذا توقيتاً للنكاح ، وإنما هو توقيت للطلاق . وهـذا لا يمنع ، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط ، والطلاق يجوز فيه التعليق .

٥٨٣٧ (فصـــل)

ولو قال : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا ، فهو كما لو قال فى شهر كذا ، أو سنة كذا . ولا يقع الطلاق إلا فى أول (ذلك)[1] الوقت . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يقع فى الحال، لأن قوله: أنت طالق إيقاع فى الحال ، وقوله إلى شهر كذا تأقيت[2] له وغاية ، وهو لا يقْبَلُ التأقيت ، فبطل التأقيت، ووقع الطلاق .

ولنا : قول ابن عباس ، وقول أبى ذر ، ولأن هذا يَحْتَمِلُ أن يكون توقيتاً لإيقاعه كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة ، أى بعد سنة . وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك ، وقد ترجّح ما ذكرناه من وجهين .

أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله .

والثانى : أن ما ذكرناه عَمَلٌ باليقين ، وما ذكروه أَخْذٌ بالشك . فإن قال : أردت أنها طالق فى الحال إلى سنة كذا ، وقع فى الحال ، لأنه يُقِرُّ على نفسه بما هو أغلظ ، ولفظه يَحْتَمِلُه . وإن قال : أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت فى الحال ، لأن « من » لابتداء الغاية ، فيقتضى أن طلاقها من اليوم . فإن قال : أردت أن عقد الصِّفَة من اليوم ، ووقوعه بعد سنة ، لم يقع إلا بعدها . وإن قال : أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظتُ به إلى سنة ، طلقت من ساعتها ثلاثاً . إذا كانت مدخولا بها . قال أحمد : إذا قال لها : أنت طالق من اليوم إلى سنة ، يريد التوكيد وكثرة الطلاق ، فتلك طالق من ساعتها .

٥٨٣٨ (فصـــل)

إذا قال : أنت طالق فى آخر أول الشهر ، طلقت فى آخر أول يوم منه ، لأنه أوله ، وإن قال : فى أول آخره ، طلقت فى أول آخر يوم منه ، لأنه آخره . وقال أبو بكر فى الأولى ، تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفى الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه ، لأن الشهر نصفان ، أول وآخر فآخر أوله يلى أول آخره ، وهذا قول أبى عباس بن سريج[3] ، وقال أكثرهم كقولنا ، وهو أصح ، فإن

(١) ساقطة من ٢٠ (٢) فى ١٨ : توقيت (٣) فى بعض النسخ وفى الشرح الكبير (أبى العباس بن شريح) بالشين والحاء والصواب بالسين والجيم وهو أحمد بن عمر بن سريج البغدادى لقب بالباز الأشهب ولد ببغداد سنة ٢٤٩ هـ ومات فيها سنة ٣٠٦ كذا فى طبقات الشافعية ج ٢ ص ٨٧ (ف) .

ماعدا اليوم الأول لايسمى أول الشهر ، ويصح نفيه عنه ، وكذلك لايسمى أوسط الشهر آخره ، ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه ، فوجب ألا يصرف كلام الحالف إليه ، ولا يحمل كلامه عليه .

٥٨٣٨ (فصــــل)

وإذا قال : إذا مضت سنة فأنت طالق ، أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثنى عشر شهراً بالأهلة ، لقوله تعالى « يسألونكَ عَنْ الأهلَةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ والحَجّ »(١) فإن حلف فى أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف فى أثناء شهر عددْت مابقى منه ، ثم حسبت بعدُ بالأهلة ، فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت مابقى من الشهر الأول ، فكمّلتهُ ثلاثين يوما ، لأن الشهر اسم لما بين هلالين . فإذا تفرقا كان ثلاثين يوما وفيه وجه آخر : أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد ، نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين ، فاعترض الأيام ، قال :يصوم ستين يوما ، وإن ابتدأ من شهر ، فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوما أجزأه ، وذلك أنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذى يليه ، فكان ابتداء الثانى من نصفه أيضاً ، فوجب أن يكمله بالعــدد ، وهذا المعنى موجود فى السنة .

ووجه الأول : أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالأهلة ، فوجب الاعتبار بها ، كما لو كانت يمينه فى أول شهر ، ولا يلزم أن يتم الأول من الثانى ، بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال : أردت بقولى : سنة ، إذا انسلخ ذو الحجة قُبل ، لأنه يُقر على نفسه بما هو أغلظ .وإن قال : إذا مضت السنة فأنت طالق ، طلقت بانسلاخ ذى الحجة . لأنه لما عرّفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التى آخرها ذو الحجة ؛ فإن قال : أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قُبل ، لأن السنة اسم لها حقيقة .

٥٨٣٩ (فصــــل)

فإن قال : أنت طالق فى كل سنة طلقة ، فهذه صفة صحيحة ، لأنه يملك إيقاعه فى كل سنة ، فإذا جعل ذلك صفة جاز ، ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه ،لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عَقِيبه ، كقوله: والله لا كلمتك سنة ، فيقع فى الحال طلقة ، لأنه جعل السنة ظرفا للطلاق ، فتقع فى أول جزء منهــا ، وتقع الثانية فى أول الثانية ، والثالثة فى أول الثالثة إن دخلتا عليها وهى فى نـكاحه لكونها لم تَنْقَضِ عِدّتها أو ارتجعها فى عدة الطلقة الأولى ، وعدة الثانية ، أو جَدّدَ نـكاحها بعد أن بانت ، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهى بائن ، لم تطلق ، لكونها غير زوجة(٢) . فإن تزوجها فى أثنائها اقتضى قول

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٩ (٢) فى المخطوطة ٢٠ : ليست زوجة .

أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها ، لأنه جزء من السنة الثانية التى جَعَلها ظرفاً للطلاق ، ومحلاً له ، وكان سبيله أن تقع فى أولها ، فَمَنَعَ منه كونُها غيرَ محل الطلاق ، لعدم نكاحه حينئذ ، فإذا عادت الزوجية وقع فى أولها . وقال القاضى : تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التميمى ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها فى حال البينونة ، فلا تعود بحال . وإن لم يتزوّجها حتى دخلت السنة الثالثة ، ثم نكحها ، طلقت عقيب تزويجها ، ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضى : لا تطلق إلا بدخول الرابعة ، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التميمى : قد انحلت الصفة .

واختُلِفَ فى مبدأ السنة الثانية ، فظاهر ما ذكره القاضى : أن أولها بعد انقضاء اثنى عشر شهراً من حين يمينه ، لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه ، وكذلك قال أصحاب الشافعى ، وقال أبو الخطاب : ابتداء السنة الثانية أول المحرم ، لأنها السنة المعروفة ، فإذا علّق ما يتكرّر على تكرُّر السنين ، انصرف إلى السنين المعروفة ، كقول الله تعالى: «أَوَلاَ يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ»[1] . وإن قال : أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قُبِلَ ، لأنها سنة حقيقية ، وإن قال : نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دُيِّنَ. قال القاضى : ولا يقبل منه فى الحكم ، لأنه خلاف الظاهر . والأولى : أن يخرج على روايتين ، لأنه محتمل مخالف للظاهر .

٥٨٤٠ (فصــــل)

إذا قال : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان ، طلقت برؤية الناس له فى أول الشهر . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا أنْ يراه ، لأنه علق الطلاق برؤية نفسه ، فأشبه مالو علقه على رؤية زيد .

ولنا : أن الرؤية للهلال فى عُرْف الشرع العلم به فى أول الشهر ، بدليل قوله عليه السلام « إِذَا رَأَيْتُمْ الهِلاَلَ فَصُومُوا ، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا »[2] ، والمراد به رؤية البعض ، وحصول العلم ، فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع . كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق ، فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية ، لا إلى الدُّعاء . وفارق رؤية زيد ، فإنه لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة ، وكذلك لو لم يره أحد ، لكن ثَبَتَ الشهر بتمام العدد طلقت ، لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد . وإن قال : أردت إذا رأيتُه بعينى ، قُبِلَ ، لأنها رؤية حقيقة . وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب . فإن رأى قَبْل ذلك لم تطلق ، لأن هلال الشهر ما كان فى أوله ، ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر . ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب ، لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به فى الشرع ، فإن قال : أردت إذا رأيته أنا بعينى ، فلم يره حتى

(١) سورة التوبة آية ٢٦ (٢) أخرجه البخارى ومسلم والنسائى وابن ماجه وابن حبان عن ابن عمر(ف) .

أَقْمَرَ لم تطلق، لأنه ليس بهلال. واختُلِف فيما يصير به قمراً، فقيل: بعد ثالثه، وقيل: إذا استدار، وقيل: إذا بَهَرَ ضوؤه.

٥٨٤١ (فصـــل)

قال أحمد: إذا قال لها: أنت طالق ليلة القدر، يعتزلها اذا دخل العشر، وقبل العشر، أهل المدينة يرونها في السبع عشرة، الا أن المثْبَتَ عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشر الأواخر، انما أَمَرَهُ باجتنابها في العشر لأن النبي صلى الله عليه وسلم. أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الأواخر. فيُحْتَمَل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط، ولا يتحقق حِنْثُه الى آخر ليلة من الشهر، لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة.

٥٨٤٢ (فصـــل)

واذا علق طلاقها على شرط مستقبل، ثم قال عجّلتُ لكِ تلك الطلقة لم تتعجل، لأنها معلقة بزمن مستقبل، فلم يكن له الى تغييرها سبيل. وان أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة، فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حِبَاله وقع بها الطلاق المعلق.

٥٨٤٣ (فصـــل)

اذا قال: أنت طالق غداً إذا قدم زيد، لم تطلق حتى يقدم لأن «إذا» اسم زمن مستقبل، فمعناه: أنت طالق غداً وقت قدوم زيد، وان لم يَقْدُم زيد في غد لم تطلق وإن قدم بعده، لأنه قيّد طلاقها بقدوم مُقَيَّد بصفة، فلا تطلق حتى توجد، . وإن ماتت غُدْوَةً وَقَدِمَ زيد بعد موتها لم تطلق، لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق، فلم تطلق. كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم، وان قال: أنت طالق يوم يَقْدُم زيد، فقدِم ليلا، لم تطلق، لأنه لم يوجد الشرط، إلا أن يريد باليوم الوقت، فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوماً قال الله تعالى: «وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَه»[1] وإن ماتت المرأة غدوةً، وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان:

أحدهما: نتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم، لأنه لو قال: أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال: أنت طالق يوم يقدم زيد، ينبغي أن تطلق بطلوع فجره.

والثاني: لا يقع الطلاق، لأن شرطه قدومُ زيد، ولم يوجد الا بعد موت المرأة، فلم يقع، بخلاف يوم الجمعة. فإنّ شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة، وقد وُجد، وههنا شرطان، فلا يؤخذ بأحدهما.

---

(١) سورة الأنفال آية ١٦.

والأول أولَى . وليس هذا شرطا ، إنما هو بيان للوقت الذى يقع فيه الطلاق معرفًا بفعل يقع فيه فيقع فى أوله ، كقوله : أنت طالق اليوم الذى نصلى فيه الجمعة ، ولو قال : أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فكذلك ، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد ، أو مات الزوجان قبل قدوم زيد ، كان الحكم كما لو ماتت المرأة . ولو قال : أنت طالق فى شهر رمضان إن قدم زيد ، فقدم فيه ، خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد ، لأن قدومه شروط ، فلا يتقدمه المشروط ، بدليل ما لو قال : أنت طالق إن قدم زيد ، فإنها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق ، وكما لو قال : إذا قدم زيد .

والثانى : أنه إن قدم زيد تبَيَّنَّا وقوعَ الطلاق من أول الشهر ، قياساً على المسألة التى قبل هذه .

٥٨٤٤ (فصـــــل)

إذا قال : أنت طالق اليوم ، وطالق غداً ، طلقت واحدة ، لأن من طلقت اليوم فهى طالق غداً . وإن قال : أردت أن تطلق اليوم ، وتطلق غداً ، طلقت طلقتين فى اليومين . وإن قال : أردت أنها تطلق فى أحد اليومين ، طلقت اليوم ، ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع فى أوله ، وإن قال : أردت نصف طلقة اليوم ، ونصف طلقة غداً ، طلقت اليوم واحدة ، وأخرى غداً . لأن النصف يَـكْمُل ، فيصير طلقة تامة . وإن قال : أردت نصف طلقة اليوم ، وباقيها غداً ، احتمل ذلك أيضاً . واحتمل ألا تطلق إلا واحدة ، لأنه إذا قال : نصفها ، كملت اليوم كلها ، فلم يبق لها بقية تقع غداً ، ولم يقع شىء غيرها ، لأنه ما أوقعه . وذكر القاضى هذا الاحتمال أيضاً فى المسألة الأولى أيضاً ، وهو مذهب الشافعى . ذكر أصحابه فيها الوجهين .

٥٨٤٥ (فصـــــل)

إذا قال : أنت طالق اليوم إذا جاء غدٌ ، فاختار القاضى أن الطلاق يقع فى الحال ، لأنه علقة بشرط محال ، فلغا الشرط ، ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سُنَّة لطلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسُّنَّة . وقال فى المجرد : لا يقع ، لأن شرطه لم يتحقق ، لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم ، ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم ، وذهاب محل الطلاق ، وهو قول أصحاب الشافعى .

٥٨٤٦ (فصـــــل)

إذا قال : أنت طالق أمس ولا نية له ، فظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع ، فرُوِىَ عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشىء وهذا قول أبى بكر . وقال القاضى فى بعض كتبه : يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه وصف الطلقة بما لا تتَّصِفُ به ، فَلَغَتِ الصفة ، ووقع

الطلاق ، كما لو قال لمن لا سُنَّة لها ولا بدعة : أنت طالق للسُّنَّة ، أو قال : أنت طالق طلقة لا تلزمك .
ووجه الأول : أن الطلاق رَفْعُ الاستباحة ، ولا يمكن رفعها فى الزمن الماضى ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم ، فإن أصحابنا لم يختلفوا فى أن الطلاق لا يقع ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعى . وهذا طلاق فى زمن ماض ، ولأنه علق الطلاق بمستحيل ، فلغا كما لو قال : أنت طالق إن قَلَبْتِ الحَجَرَ ذهباً ، وإن قال : أنت طالق قبل أن أتزوَّجك فالحكم فيه كما لو قال : أنت طالق أمس. قال القاضى : ورأيت بخط أبى بكر فى جزء مُفْرَد أنه إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ، ولو قال أنت طالق أمس لم يقع ، لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقَبْل تَزْوِيجها مُتَصَوَّرُ الوجود ، فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً . وهذا الوقت قبله ، فوقع فى الحال كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد[1] .
وإن قصد بقوله : أنت طالق أمس ، أو قبل أن أتزوجك ، إيقاع الطلاق فى الحال مُسْتَنِداً إلى ذلك الزمان ، وقع فى الحال ، وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلّقها هُو أو زَوْجٌ قَبْلَهُ فى ذلك الزمان الذى ذكره ، وكان قد وُجِدَ ذلك ، قُبِل منه ، وإن لم يكن وُجد وقع طلاقه ، ذكره أبو الخطاب . وقال القاضى : يُقْبَلُ على ظاهر كلام أحمد ، لأنه فَسَّره بما يَحْتَمِله ، ولم يشْتَرِط الوجود . وإن أراد أنى كنت طلّقْتُك أمس ، فكذبته ، لزمته الطّلْقة ، وعليها العِدَّة من يومها ، لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها ، وإن مات ولم يبين مراده فعلى وجهين ، بناء على اختلاف القولين فى المطلق إن قلنا : لا يقع به شىء ، لم يلزمه ههنا شىء . وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا .

٥٨٤٧ (فصـــل)

وإن قال لزوجته : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه ، تبينا أن طلاقه وقع قبل الشهر ، لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده ، وبهذا قال الشافعى ، وزفر . وقال أبو حنيفة وصاحباه[3] : يقع الطلاق عند قدوم زيد لأنه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق ، فلا يسبق الطلاق شرطه .

ولنا : أنه أوقع الطلاق فى زمن على صفة ، فإذا حصلت الصفة وقع فيه ، كما لو قال : أنت طالق قبل رمضان بشهر ، أو قبل موتك بشهر ، فإن أبا حنيفة خاصة يسلّم ذلك ولا يسلّم أنه جعل الشهر شرطاً ، وليس فيه حرف شرط . وإن قدم قبل مضى شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا . وهو قول أكثر أصحاب الشافعى ، لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكناً ، فوجب اعتبارها . وإن قدم زيد مع مُضِىٍّ الشهر لم تطلُق لأنه لابد من جزء يقع الطلاق فيه . فإن خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم ، ثم قدم زيد

(١) فى المخطوطة ٢٠ : عمرو (٣) هما القاضى أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ، ومحمد بن الحسن الشيبانى .

بعد الخلع بشهر وساعة ، تَبَيَّنَّا أن الخلع وقع صحيحاً ، ولم يقع الطلاق ، لأنه صادفها بائناً . وإن قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة ، وقع الطلاق، وبطل الخلع ، ولها الرجوع بالعوض ، إلاأن يكون الطلاق رجعياً ، لأن الرجعية يصح خُلْعُها . وإن كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ، ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عَقْد الصفة ، لم يرث أحدهما الآخر ، لأنا تبيَّنَّا أن الطلاق قد وقع قبل موت الميِّت منهما ، فلم يَرِثْهُ صاحبه ، إلا أن يكون الطلاق رجعياً ، فإنه لايقطع التَّوَارُث مادامت فى المدة . فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة ، تبيَّنَّا أن الفرْقَةَ وقعت بالموت ، ولم يقع طلاق . فإن قال: أنت طالق قبل موتى بشهر ، فمات أحدهما قبل مضى شهر ، لم يقع طلاق ، لأن الطلاق لم يقع فى الماضى . وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبيناً وقوع الطلاق فى تلك الساعة ، ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعياً ، ويموت فى عدتها . وإن قال : أنت طالق قبل موتى ، ولم يزد شيئاً ، طلقت فى الحال ، لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محلٌ للطلاق، فوقع فى أوله . وإن قال : قبل موتك ، أو موت زيد ، فكذلك . وإن قال : أنت طالق قبل قدوم زيد ، أو قبل دخولك الدار ، فقال القاضى : تطلق فى الحال ، سواء قدم زيد أو لم يقدم ، بدليل قول الله تعالى : «يا أَيُّهَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ آمِنُوا بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقًا لِمَا مَعَكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَطْمِسَ وُجُوهًا فَنَرُدَّهَا عَلَى أَدْبَارِهَا[1]» ، ولم يوجد الطمس فى المأمورين . ولو قال لغلامه: اسقنى قبل أن أضربك ، فسقاه فى الحال عُدَّ مُمتَثِلاً وإن لم يضربه . ولو قال : أنت طالق قبيل موتى ، أو قبيل قدوم زيد ، لم يقع فى الحال ، وإنما يقع ذلك فى الجزء الذى يلى الموت ، لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذى يبقى . وإن قال : أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر ، فقال القاضى : تتعلق الصفة بأولهما موتاً ، لأن اعتباره بالثانى يُفْضى إلى وقوعه بعد موت الأول : واعتباره بالأول لايفضى إلى ذلك ، فكان أولى .

٥٨٤٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قال لها : إذا طلّقتك فأنت طالق ، فإذا طلقها لزمه اثنتان . إذا كانت مدخولا بها ، وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لِمَدْخُولٍ[2] بها : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق ، وقعت واحدة بالمباشرة ، وأخرى بالصفة ، لأنه جعل تطليقها شرطاً لوقوع طلاقها ، فإذا وُجِدَ الشرط وقع الطلاق. وإن كانت غير مدخول بها[3] بانت بالأولى ، ولم تقع الثانية ، لأنها لاعِدّة عليها ، ولا تُمكِنُ رجعتها ، فلايقع طلاقها إلا بائناً ، فلايقع الطلاق ببائن .

---

(١) سورة النساء آية ٤٧ . (٢) فى ٣٧ و ٢٠ : لمدخول بها .
(٣) فى ٣٩ : وإن لم تكن مدخولا بها .

٥٨٤٩ (فصــــل)

فإن قال : عَنَيْتُ بقولى هذا : أنك تـكونين طالقاً بمـا أوقعته عليك ، ولم أُرِدْ إيقاع طلاق سوى ماباشرتك به ، دِين . وهل يقبل فى الحـكم ؟ يخرج على وجهين .

أحدهما : لايُقبل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ، ولأن إخباره إياها بوقوع طلاقه بها لافائدة فيه .

والوجه الثانى : يُقبَل قوله ، لأنه يَحْتَمِلُ ماقاله ، فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق . وقال : أردت بالثانى التأكيد ، أو إفهامها .

٥٨٥٠ (فصــل)

فإن قال : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم علّق طلاقها بشرط ، مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فخرجت طلقت بخروجها ، ثم طلقت بالصفة أخرى ، لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة . ولو قال أولا : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن طلقتك فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج ، ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها ، لأنه لم يطلقها بعد ذلك ، ولم يُحْدِثْ عليها طلاقاً ، لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها ، فلم توجد الصفة ، فلم يقع . وإن قال : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاق فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج ، ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها ، إن كانت مدخولا بهـا .

٥٨٥١ (فصــــل)

وإن قال لها : كلما طلقتك فأنت طالق ، فهذا حرف يقتضى التـكرار . فإذا قال لهـا بعد ذلك : أنت طالق ، وقع بها طلقتان . إحداها بالمباشرة ، والأخرى بالصفة ، ولاتقع ثالثة ، لأن الثانية لم تقع بإيقـاعه . بعد عقد الصفة ، لأن قوله : كلما طلّقتُك يقتضى : كلما أوقعت عليك الطلاق ، وهذا يقتضى تجديد إيقـاع طلاق بعد هذا القول . وإنما وقعت الثانية بهذا القول ، وإن قال لها بعد عقـد الصفة : إن خرجتِ فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج طلقة وبالصِّفة أخرى ، لأنه قد طلقها ، ولم تقع الثالثة . وإن قال لها : كلما أوقَعْتُ عليكِ طلاقاً فأنت طالق ، فهو بمنزلة قوله : كلما طلقتك فأنت طالق . وذكر القـاضى فى هذه : أنه إذا وقع عليها طلاقُه بصفةٍ عقدَهَا بعد قوله : إذا أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق لم تطلق ، لأن ذلك ليس بإيقاع منه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى . وفيه نظر ، فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط ، فإذا وُجِد الشرط فهو المُوقِع للطلاق عليها ، فلا فرق بين هذا وبين قوله : إذا طلقتك فأنت طالق .

وإن قال : كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، ثم وقَعتْ عليها طَلقَةٌ بالمباشرة أو بصفة عقـدها قبل

ذلك أو بعده طلقت ثلاثاً . فلو قال لها : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم خرجت ، وقعت عليها طلقة بالخروج ، وقعت الثانية بوقوع الأولى ، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية ، لأن « كُلّمَا » تقتضى التكرار ، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق ، فكيفما وقع يقتضى وقوع أخرى ولو قال لها : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال : إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق ، طلقت ثلاثاً . واحدة بالمباشرة ، واثنتين بالصفتين ، لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه ، وهو وقوع طلاقه، ولأنه إذا قال : أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة ، فتطلق الثانية بكونه طلقها ، وذلك طلاق منه واقع عليها ، فتطلق به الثالثة . وهذا كله فى المدخول بها، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة فى جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مخالفاً .

٥٨٥٢ (فصـــل)

فإن قال : كلما طلقتك طلاقاً أملكُ فيه رَجعتك فأنت طالق ، ثم قال . أنت طالق ، طلقت اثنتين . إحداها : بالمباشرة ، والأخرى : بالصفة ، إلا أن تكون الطلقة بعوض أو فى غير مدخول بها ، فلا تقع بها ثانية ، لأنها تَبِينُ بالطلقة التى باشرها بها ، فلا يملك رجعتها ، فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة . وقال أبو بكر : قيل تطلق ، وقيل : لا تطلق واختيارى : أنها تطلق . وقال أصحاب الشافعى : لا تطلق الثالثة لأنا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ، ولم يوجد شرط طلاقها ، فيفضى ذلك إلى الدور [1] فيقطعه بمنع وقوعه .

ولنا : أنه طلاق لم يكمل به العَدَدُ بغير عوض فى مدخول بها ، فيقع بها التى بعدها كالأولى ، فامتناع الرجعة ههنا لعَجْزه عنها ، لا لعدم الملك ، كما لو طلقها واحدة وأغمى عليه عقيبها ، فإن الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها . وإن كان الطلاق بعوض أو فى غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التى باشرها بها ، لأنه لا يملك رجعتها . وإن قال : كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رَجْعَتَك فأنت طالق ، ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة ، طلقت ثلاثاً ، وعندهم لا تطلق ، لما ذكرناه فى التى قبلها . ولو قال لامرأته: إذا طلقتُك طلاقاً أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثاً ، ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المُزَنى : لا تطلق، وهو قياس قول أصحاب الشافعى لما تقدم .

٥٨٥٣ (فصـــل)

وإن قال لزوجته : إذا طلقتك أو إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً فلا نص فيها . وقال القاضى : تطلق ثلاثاً ، واحدة بالمباشرة ، واثنتان من المعلق، وهو قياس قول الشافعى ، وقول بعض

---

(١) الدور : هو توقف الشىء على ما يتوقف عليه ويسمى الدور المصرح ، كما يتوقف أ على ب وبالعكس . ومنه المضمر كما يتوقف أ على ب و ب على ج و ج على أ . (تعريفات الجرجانى ٧٣)

أصحابه ، وقال ابن عقيل : تطلق واحدة بالمباشرة ، ويلغو المعلق ، لأنه طلاق فى زمن ماض ، فلا يُتصوَّرُ وقوع الطلاق فيه ، وهو قياس نص أحمد ، وأبى بكر ، فى أن الطلاق لا يقع فى زمن ماض وبه قال أبو العباس بن القاصّ ،[1] من أصحاب الشافعى ، وقال أبو العباس بن سريج ، وبعض الشافعية: لا تطلق أبداً ، لأن وقوع الواحدة يقتضى وقوع ثلاث قبلها ، وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدى إلى نفيها فلا تثبت ، ولأن إيقاعها يفضى إلى الدور ، لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث ، فيمتنع وقوعها ، وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله .

ولنا : أنه طلاق من مُكلَّف مختار فى محلّ النكاح صحيح ، فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ، ولأن عمومات النصوص تقتضى عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ »[2] . وقوله سبحانه: «وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بأنفسهن ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ[3] » وكذلك سائر النصوص ، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به ، وما ذكروه يمنعه بالكلية ، ويبطل شرعيته ، فتفوت مصلحته ، فلا يجوز ذلك بمجرد الرأى والتحكم . وماذكروه غير مُسَلَّم ، فإنا إن قلنا : لا يقع الطلاق المعلق فله وجه ، لأنه أوقعه فى زمن ماض ، ولا يمكن وقوعه فى الماضى ، فلم يقع كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم ، فقدم فى اليوم ، ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه ، فعلى هذا لايمتنع وقوع الطلقة المباشرة ، ولا يُفضِى إلى دَوْر ولا غيره ، وإن قلنابوقوع الثلاث فوجهه : أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به ، فلغت الصفة ووقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق طلقة لاتنقص عدد طلاقك ، أولاتلزمك ، أو قال للآيسة : أنت طالق للسنة ، أو قال : للبدعة ، وبيان استحالته : أن تعليقه بالشرط يقتضى وقوعه بعده ، لأن الشرط يتقدم مشروطه ، ولذلك لو أطلق لوقع بعده ، وتعقيبه بالفاء فى قوله : فأنت طالق يقتضى كونه عقيبه ، وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال ، فلا يصح الوصف به ، فلغت الصفة ، ووقع الطلاق ، كما لو قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثاً لا تلزمك ، ثم يبطل ماذكروه بقوله : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمِّها أو ابنتها بشبهة ، فإنه يرد عليه ما ذكروه ، ولا خلاف فى انفساخ النكاح . قال القاضى : ما ذكروه ذريعة إلى ألاّ يقع عليها الطلاق جملة . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاق بك واحدة ، أوقال : أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً واحدة ، فالكلام عليها من وجه آخر ، وهو وارد على المسألتين جميعاً . وذلك أن الطلقة الموقَعَةَ يقتضى وقوعُها

(١) فى المخطوطة ١٨ : ابن القاضى وهو تحريف (٢) سورة البقرة آية ٢٣٠ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

وقوعَ مالا يتصور وقوعها معه ، فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها ، لأن ما تعلق بها تابع ، ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع ، فيبطل التابع وحده ، كما لو قال فى مرضه : إذا أعتقت سالماً فغانم حر ، ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سالما يعتق وحده ، ولا يُقرَع بينهما ، لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط ، وذلك غير جائز . ولا فرق بين أن يقول : فغانم حر قبله أو معه أو بعده ، أو تطلق كذا هنا .

٥٨٥٤ (فصـــل)

اختلفت أصحابنا فى الحلف بالطلاق ، فقال القاضى فى الجامع وأبو الخطاب : هو تعليقه على شرط ، أى شرط كان[1] ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تمليك وإذا حضت فأنت طالق ، فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنة . وهذا قول أبى حنيفة ، لأن ذلك يسمى حَلِفا عرفا ، فيتعلق الحكم به كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله وبالله وتالله ، وقال القاضى فى المجرد : هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وإن لم تدخلى فأنت طالق ، أو على تصديق خبره ، مثـــل قوله : أنت طالق ، لقد قدم زيد ، أو لم يقدم . فأما التعليق على غير ذلك كقوله : أنت طالق إن طلعت الشمس ، أوقدم الحاج ، أوإن لم يقدم السلطان ، فهو شرط محْض ، ليس بحلف ، لأن حقيقة الحلف القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوُّزا ، لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور ، وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر ، نحو قوله : والله لأفعلن ، أولا أفعل أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . ومالم يوجد فيه هـذا المعنى لا يصح تسميته حلفا ، وهذا مذهب الشافعى . فإذا قال لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق ، لم تطلق فى الحال على القول الثانى ، لأنه ليس بحلف . وتطلق على الأول لأنه حالف . وإن قال : كلما كلمت أباك فأنت طالق ، طلقت على القولين جميعا ، لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفاً ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإن قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد ذلك طلقت واحدة ، كلما أعاده مرة طلقت ، حتى تكمل الثلاث ، لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى . وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال أبوثور : ليس ذلك بحلف ، ولا يقع الطلاق بتكراره ، لأنه تكرار للكلام ، فيكون تأكيداً لا حلفا .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفاً ، كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق . وقوله : إنه تكرار للكلام حجة عليه ، فإن تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى ،

(١) فى المخطوطة ١٨ على أى شرط كان .

فإذا كان في الأول حلفاً فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى . وأما التأكيد فإنما يُحْمَل عليه الكلام المكرر إذا قصده : وههنا إن قصد إفهامها لم يقع بالثاني شيء ، كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق . يعني بالثانية إفهامها . فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ، ولم يقع أكثر منها . فإذا قال لها ذلك ثلاثاً بانت بالمرة الثانية ، ولم تطلق وبالثالثة فإن جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها ، أو قال لها : إن تكلمت فأنت طالق ، أو نحو ذلك ، لم تطلق بذلك ، لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينونتها .

٥٨٥٥ (فصــــل)

وإن قال لامرأتيه : كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ، ثم أعاد ذلك ثلاثاً طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً ، لما ذكرنا . فإن كانت إحداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية ، فإذا أعاده مرة ثالثة لم تطلق واحدة منهما ، لأن غير المدخول بها بائن ، فلم تكن إعادة هذا القول حلفاً بطلاقها ، وهي غير زوجته ، فلم يوجد الشرط . فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً ، فإن جدد النكاح البائن ثم قال لها : إن تكلمت فأنت طالق ، فقد قيل : يطلقان حينئذ ، لأنه صار بهذا حالفاً بطلاقها ، وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله في المرة الثالثة ، فطلقتا حينئذ . ويَقْوَى عندي : أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها ، لأنها حين إعادته المرة الثالثة بائن ، فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها ، كما لو قال لأجنبية : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم تزوجها وحلف بطلاقها ، ولكن تطلق المدخول بها حينئذ ، لأنه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة ، وحلف بطلاق هذه حينئذ ، فكمل شرط طلاقها ، فطلقت وحدها .

٥٨٥٦ (فصــــل)

فإن كانت له امرأتان : حفصة وعمرة ، فقال : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، ثم أعاده ، لم تطلق واحدة منهما ، لأن هذا حلف بطلاق عَمْرَة ، وحدها ، فلم يوجد الحلف بطلاقهما . وإن قال بعد ذلك : إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق ، طلقت عمرة ، لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما . ولم تطلق حفصة ، لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه . فإن قال بعد هــذا : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه لم يحلف بطلاقهما ، إنما حلف بطلاق عمرة وحدها ، فإن قال بعد هذا : إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق ، طلقت حفصة ، وعلى هذا القياس .

٥٨٥٧ (فصــــل)

وإن قال لإحداهما : إن حلفت بطلاقك فضرتُك طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، طلقت الثانية ، لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى ، وذلك شرط وقوع طلاق الثانية . ثم إن أعاد للأولى طلقت ، ثم كلما أعاده على هــذا الوجه لامرأة طلقت ، حتى يكمل للثانيــة ثلاث ، ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق ، لأن

الثانية قد بانت منه ، فلم يكن ذلك حلفاً بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ، ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منهما ، لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها ، إنما هو حلف بطلاق ضرتهـــا ، ولم يعلق على ذلك طلاقاً . وإن قال للأولى : إن حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، طلقت الأولى ، لأن قوله للثانية حلف بطلاقها ، وشرط لوقوع الطلاق بالأولى. ثم إن أعاده للأولى طلقت الثانية ، ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى . فإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ، ولم تطلق صاحبتها بإعادة ذلك لها ، لأنه ليس بحلف بطلاقهما ، لـكونها بائناً ، فهى كسائر الأجنبيات . وإن قال[1] لإحداهما : إذا حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما[2] ، ثم إن أعاد ذلك لإحداهما طلقت الأخرى ، ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبتها ، ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى، إلا أن تـكون إحداهما غير مدخول بها، أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث، فإنها إذا بانت صارت كالأجنبية .

ولو قال[3] ذلك لإمرأة ابتداء، ثم أعاده لها ، طلقت ضرتها بكل إعادة مرة ، حتى تـكمل الثلاث . وإن قال لامرأة : إذا حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق ، ثم قال للأخرى : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، طلقت فى الحال . ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها ، أو قال للثانية مثل ما قال لها ، طلقت الثانية ، وكذلك الثالثة. ولا يقع بالأولى بهذا طلاق ، لأن الحلف فى الموضعين إنما هو بطلاق الثانية .

ولو قال[4] للأولى : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانيـة إن حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق طلقت الأولى ، ثم متى أعاد[5] أحد هذين الشرطين مرة أخرى ، طلقت الأولى مرة ثانية ، وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لإحداهما : إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ، ثم قال للأخرى : إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه فى الموضعين علّق طلاق الثانيـة على الحلف بطلاق الأولى ، ولم يحلف بطلاقها . ولو أعاد ذلك لهما لم يقع طلاق بواحدة منهما[6] ، وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى ، أو تأخر عنه .

٥٨٥٨ (فصـــــــل)

وإن كان له ثلاث نسوة، فقال: إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال: إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق. طلقت عمرة. وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة، ثم متى أعاده[7]

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : ولو قال (٢) فى المخطوطة ١٨ : إحداهما (٣) فى المخطوطة ٣٩ : وإن قال

(٤) فى المخطوطة ١٨ و ٢٠ : وإن قال (٥) فى المخطوطة ٣٩ ثم إذا أعاد . .

(٦) على هامش ٢٠ : لم تطلق إحداهما . من نسخة ثانية (٧) فى المخطوطة ٣٩ ثم إذا أعاده

بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذى ذكرناه وإن قال: إن حلفت بطلاق زينب فنسائى طوالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق عمرة فنسائى طوالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق حفصة فنسائى طوالق، طلقت كل واحدة منهن طلقتين، لأنه لما قال: إن حلفت بطلاق عمرة فنسائى طوالق، فقد حلف بطلاق زينب، بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها، فطلقت كل واحدة منهن طلقة. ولما قال[1]: إن حلفت بطلاق حفصة فنسائى طوالق، فقد حلف بطلاق عمرة وزينب، فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة، ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء، لأنه قد حَنِثَ به مرة، فلا يحنث ثانية. ولو كان مكان قوله «إن» «كلما»، طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً، لأن كلما تقتضى التكرار.

ولو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية، طلقن ثلاثاً ثلاثا، لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن، وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعا، وإن قال: إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق، ثم أعاد ذلك، طلقت كل واحدة منهن طلقة، لأن «إن» لاتقتضى التكرار، وإن قال بعد ذلك لإحداهن: إن قمت فأنت طالق، طلقت كل واحدة منهن طلقة أخرى، ولو قال: كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق، ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة. وإن قال بعد ذلك لإحداهن إن قمت فأنت طالق، لم تطلق واحدة منهن، وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين، طلق الجميع طلقه طلقة.

٥٨٥٩ (فصـــل)

وإن قال لزوجته: إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق ثم قال: إن حلفت بطلاقك فعبدى حر، طلقت. ثم إن قال لعبده: إن حلفت بعتقك فامرأتى طالق، عتق العبد. وإن قال له: إن حلفت بطلاق امرأتى فأنت حر، ثم قال لها: إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق، عتق العبد. ولو قال لعبده: إن حلفت بعتقك فأنت حر، ثم أعاد ذلك عتق العبد.

٥٨٦٠ (فصـــل)

وقد استعمل الطلاق والعتاق[2] استعمال القسم جواباً له فإذا قال: أنت طالق لأقومن، وقام، لم تطلق زوجته. فإن لم يقم فى الوقت الذى عينه حنث. هذا قول أكثر أهل العلم. منهم سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، والزهرى، وسعيد بن جبير، والشعبى، والثورى، وأصحاب الرأى. وقال شريح: يقع طلاقه وإن قام، لأنه طلق طلاقاً غير معلق بشرط، فوقع كما لو لم يقم.

ولنا: أنه حَلِفٌ بُرَّ فيه فلم يحنث، كما لو حلف بالله تعالى. وإن قال: أنت طالق إنَّ أخاك لعاقل،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩: وحينما قال

(٢) فى المخطوطة ١٨: العتق.

وكان أخوها عاقلا لم يحنث ، وإن لم يكن عاقلا حنث ، كما لو قال : والله إن أخاك لعاقل . وإن شك في عقله لم يقع الطلاق ، لأن الأصل بقاء النكاح ، فلا يزول بالشك ، وإن قال : أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف ، فأكله حنث ، وإلا فلا . وإن قال : أنت طالق ما أكلته ، وكان صادقاً لم يحنث . وإن كان كاذباً حنث . كما لو قال : والله ما أكلته . وإن قال : أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، وكان صادقاً لم تطلق وإن كان كاذباً طلقت . ولو قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال أنت طالق لأُكرِمَنَّك طلقت في الحال . ولو قال : إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق ، ثم قال : عبدى حر لأقومَنَّ ، طلقت المرأة . وإن قال : إن حلفت بطلاق امرأتى فعبدى حر ، ثم قال : أنت طالق لَصُمْتُ أمس ، عتق العبد .

٥٨٦١ (فصل)

وإن قال : إن طلقت حفصة فعمرة طالق ، ثم قال : إن طلقت عمرة فحفصة طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقتا معاً : حفصة بالمباشرة ، وعمرة بالصفة ، ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدأ بطلاق عمرة ، طلقت طلقتين ، وطلقت حفصة طلقة . لأنه إذا طلّق حفصة طلقت عمرة بالصفة ، لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ، ولم يَعُدْ على حفصة طلاق آخر ، لأنه ما أحدث في عمرة طلاقاً ، إنما طلقت بالصفة السابقة على تعليقه طلاقها ، وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة ، لكون طلاقها معلقاً على طلاق عمرة ، ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها ، لأنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة ، بعد قوله : إن طلقت حفصة فعمرة طالق . ومتى وُجِد التعليق والوقوع معا فهو تطليق . فإن وجدا معا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها ، وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها ، فوجب القول بوقوعه . ولو قال لعمرة : كلما طلقت حفصة فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : كلما طلقت عمرة فأنت طالق . ثم قال لعمرة : أنت طالق ، طلقت طلقتين ، وطلقت حفصة طلقة واحدة . وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما ، إلا طلقة[1] لأن هذه المسألة كالتى قبلها سواء ، فإنه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنىَّ بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة . ولو قال لعمرة : إن طلقتك فحفصة طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقتك فعمرة طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقت طلقتين ، وطلقت عمرة طلقة . وإن طلق عمرة طلقت كل (واحدة[2]) منهما طلقة ، لأنها عكس التى قبلها . ذكر هاتين المسألتين القاضى فى المجرد . ولو قال لإحدى زوجتيه : كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، ثم طلق الأولى طلقت طلقتين ، وطلقت الثانية طلقة . وإن طلق الثانية طلقت طلقتين ، وطلقت الأولى طلقة . وإن قال كلما طلقتك فضرتك طالق ، ثم قال للأخرى مثل

(١) فى ٣٩ : لم تطلق كل منهما إلا طلقة . (٢) ساقطة من ١٨ .

ذلك ، ثم طلق الأولى طلقت كل واحدة منهما طلقة طلقة . وإن طلق الثانية طلقت طلقتين ، وطلقت الأولى طلقة وتعليل ذلك على ماذكرنا فى المسألة الأولى .

٥٨٦٢ (فصــــل)

وإن كان له ثلاث نسوة ، فقال : إن طلقت زينب فعمرة طالق ، وإن طلقت عمرة فحفصة طالق ، وإن طلقت حفصة فزينب طالق ، ثم طلق زينب طلقت عمرة ، ولم تطلق حفصة ، لأنه ما أحدث فى عمرة طلاقا بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها ، وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق ، وليس بتطليق . وإن طلق عمرة طلقت حفصة ، ولم تطلق زينب لذلك . وإن طلق حفصة طلقت زينب ، ثم طلقت عمرة ، فيقع الطلاق بالثلاث ، لأنه أحدث فى زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها ، فإنه علق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق ، وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها ، فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً ، فطلقت به عمرة ، بخلاف غيرها . وإن قال لزينب . إن طلقت عمرة فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن طلقت حفصة فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقت زينب فأنت طالق ، ثم طلق زينب طلقت الثلاث ، زينب بالمباشرة ، وحفصة بالصفة . ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها ، وتطليقها شرط طلاق عمرة ، فتطلق به أيضاً . والدليل على أنه تطليق لحفصة : أنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة : بتطليقها ، وتحقق شرطه ، والتعليق مع شرطه تطليق ، وقد وجدا معاً بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وإن طلق عمرة طلقت هى وزينب ، ولم تطلق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هى وعمرة ، ولم تطلق زينب ، لما ذكرنا فى المسألة التى قبلها .

وإن قال لزينب إن طلقتك فضرتاك طالقتان ، ثم قال لعمرة مثل ذلك ، ثم قال لحفصة مثل ذلك ، ثم طلق زينب ، طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة ، لأنه لم يحدث فى غير زينب طلاقاً ، إنما طلقتا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقهما ، وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة ، وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين ، لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة ، وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة ، وطلاق زينب تطليق لها ، لأنه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقهما بتطليقها ، فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ، ولم يعد على زينب بطلاقها طلاق لمـا تقدم . وإن طلق حفصة طلقت ثلاثا ، لأنها طلقت واحدة[1] بالمباشرة ، فطلقت بها ضرتاها . ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق ، لأنه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقه ، فكمل لها ثلاث ، وطلقت عمرة طلقتين : واحدة بتطليق حفصة ، وأخرى بوقوع الطلاق على زينب ، لأنه تطليق لزينب لما ذكرناه .

---

(١) فى ٢٠ : طلقت طلقة .

وطلقت زينب واحدة ، لأن طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق فى حقها . وإن قال لـكل واحدة منهن : كلما طلقت إحدى ضرتيك فأنت طالق ، ثم طلق الأولى ، طلقت ثلاثا ، وطلقت الثانية طلقتين ، والثالثة طلقة (واحدة[1]) لأن تطلقيه للأولى شرط لطلاق ضرتيها ، ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليهما ، لـكونه واقعاً بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما ، فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة ، فـكمل لها الثلاث ، وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ، ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شىء ، لأنه ليس بتطليق فى حقها . وإن طلق الثانية طلقت أيضاً طلقتين ، وطلقت الأولى ثلاثا ، والثالثة طلقة . وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين ، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة .

٥٨٦٣ (فصـــــــل)

ولو قال لامرأته : إن طلقتك فعبدى حر ، ثم قال لعبده : إن قمت فامرأتى طالق ، فقام ، طلقت المرأة ، وعتق العبد . ولو قال لعبده : إن قمت فامرأتى طالق ، ثم قال لامرأته : إن طلقتك فعبدى حر ، فقام العبد ، طلقت المرأة ، ولم يعتق العبد ، لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يـكون تطليقاً مع وجود الصفة ، ففى الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله : إن طلقتك فعبدى حر ، وفى الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فـكانت الصفة سابقة ، فلذلك لم يعتق العبد . ولو قال لعبده : إن أعتقتك فامرأتى طالق ، ثم قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فعبدى حر ، ثم قال لعبده : إن لم أضربك فامرأتى طالق ، عتق العبد ، وطلقت المرأة .

٥٨٦٤ (فصـــــــل)

ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن[2] فى شىء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها ، كما لو وجدت متفرقة ، وكذلك العتاق[3] . فلو قال لامرأته : إن كلمت رجلا فأنت طالق ، وإن كلمت طويلا فأنت طالق ، وإن كلمت أسود فأنت طالق ، فـكلمت رجلا أسود طويلا طلقت ثلاثا . وإن قال : إن ولدت بنتاً فأنت طالق ، وإن ولدت سوداء فأنت طالق وإن ولدت ولداً فأنت طلق ، فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثا . وإن قال : إن أكلت رمانة فأنت طلق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت اثنتين . وإن قال : كلما أكلت رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت ثلاثا ، لأن كلما تقتضى التـكرار ، وفى الرمانة نصفان ، فتطلق بأكلهما طلقتين ، وبأكل الرمانة طلقة ، فإن نوى بقوله : نصف رمانة ، نصفا مفرداً عن الرمانة المشروطة ، أو كانت مع الـكلام

---

(١) سافطة من ٢٠ ، ٣٩ (٢) فى ١٨ : فاجتمعت . (٣) فى ٢٠ : وكذلك العتق

قرينة تقتضي ذلك ، لم يحنث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به[1] لأن مبنى الأيمان على النية .

٥٨٥٦ (فصـــل)

فإن قال : إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدى حر ، وإن دخلها طويل فعبدان حران ، وإن دخلها أسود فثلاثة أعبُد أحرار ، وإن دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار ، فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وإن كان له أربع نسوة فقال : إن طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدى حر ، وإن طلقت اثنتين فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وإن طلقت أربعاً فأربعة أحرار ، ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات ، عتق من عبيده عشرة ، بالواحدة واحد ، وبالاثنتين اثنان ، وبالثلاث ثلاثة ، وبالأربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ، ولو علق ذلك بلفظة كلما فقد قيل : يعتق عشرة أيضاً ، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً ، لأن فيهن أربعة صفات ، وهن أربع ، فيعتق أربعة ، وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة ، وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة . وإن شئت قلت : يعتق بالواحدة واحد ، وبالثانية ثلاثة ، لأن فيها صفتين هى واحدة ، وهى مع الأولى اثنتان ، ويعتق بالثالثة أربعة ، لأنها واحدة . وهى مع الأولى والثانية ثلا ث ، ويعتق بالرابعة سبعة ، لأن فيها ثلاث صفات هى واحدة ، وهى مع الثالثة اثنتان ، وهى مع الثلاث التى قبلها أربع . وهذا أولى من الأول لأن قائله لا تعتبر صفة طلاق الواحدة فى غير الأولى ، ولا صفة التثنية فى الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضى التكرار ، فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر ، لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات ، فإنها توجد بضم الثانية إلى الثالثة ، وقيل : يعتق عشرون ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة إلى الرابعة

وكلا القولين غير سديد ، لأنهم عَدوا الثانية مع الأولى فى صفة التثنية مرة ، ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى ، وعدوا الثانية والثالثة فى صفة التثليث مرتين ، مرة مع الأولى ، ومرة مع الرابعة ، وما عُدَّ فى صفة مرة لا يجوز عَدُّه فى تلك الصفة مرة أخرى ، ولذلك لو قال : كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة لم تطلق إلا اثنتين ، لأن الرمانة نصفان ولا يقال : إنها تطلق ثالثة بأن يضم الربع الثانى إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثاً ، وكذلك فى مسألتنا ، لم تضم الأولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغى أن يعتق اثنان وثلاثون .واحد بطلاق واحدة، وثلاثة بطلاق الثانية ، وثمانية بطلاق الثالثة، لأنها واحدة وهى مع ماقبلها ثلاثة ، وهى مع ضمها إلى الأولى اثنتان ، ومع ضمها إلى الثانية اثنتان ففيها صفة مرات ، ويعتق بطلاق الرابعة عشرون ، لأن فيها ثمانى صفات ، هى واحدة ، وهى مع ماقبلها أربع ، وفيها صفة التثليث ثلاث مرات ، هى مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ، ومع الأولى

---

(١) فى ١٨ : عليه

والثالثة ثلاث ، فيعتق بذلك تسعة ، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات ، هى مع الأولى اثنتان وهى مع الثانية اثنتان ، وهى مع الثالثة اثنتان ، فيعتق بذلك ستة ، ويصير الجميع اثنين وثلاثين ، وما نعلم بهـذا قائلا ، وهذا مع الإطلاق .

فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق ، مثل أن ينوى بقوله : اثنتين ، غير الواحدة ، فيمينه على ما نواه ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولوقال: كلما أعتقت عبداً من عبيدى ،فامرأة من نسائى طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الأول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال : كلما أعتقت عبداً من عبيدى فجارية من جوارى حرة ، وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار ، كلما أعتقت أربعة فأربع أحراراً ثم أعتق أربعة ، عتق من جواريه بعدد ماطلق من النساء على ما ذكرنا ، وإن أعتق خمساً فعلى القول الأول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثانى يعتق إحدى وعشرون ، لأن عتق الخامس عُتق به ست لـكونه واحداً ، وهو مع قبله خمسة ،ولم يكن عده فى سائر الصفات ، لأن ما قبله قد عد فى ذلك مرة فلا يعد ثانية .

٥٨٦٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً ، ولم يطلقها حتى مات ، أو ماتت ، وقع الطلاق بها فى آخر أوقات الإمكان ﴾

وجملة ذلك[1] : أن حرف « إن » موضوع للشرط ، [وهو] لا يقتضى زمناً ، ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان ، وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ، ولا يقتضى تعجيلا ، فما عُلِّق عليه كان على التراخى ، سواء فى ذلك الإثبات والنفى . فعلى هـذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها كان ذلك على التراخى ، ولم يحنث بتأخيره ، لأن كل وقت يمـكن أن يفعل ما حلف عليه ، فلم يَفُت الوقت . فإذا مات أحدهما علمنا حِنْثَه حينئذ[2] ، لأنه لا يمـكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما ، فتبين أنه وقع إذْ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ولا نعلم فيه بين أهل العـلم خلافا . ولو قال : إن لم أطلق عمرة فحفصة طالق ، فأى الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته ، لأن تطليقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه إنما يكون فى حياتهم جميعاً ، وكذلك لو قال : إن لم أعتق عبدى أو إن لم أضربه فامرأتى طالق ، وقع بها الطلاق فى آخر جزء من حياة أولهم موتاً . فأما إن عـيَّن وقتاً بلفظه أو بنيته تعين ، وتعلقت يمينه به .

قال أحمـد رحمه الله : إذا قال : إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً ، فهو على ما أراد من ذلك ،

(١) فى ٣٩ : وجملة الأمر . (٢) فى ١٨ : حينذاك .

وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته ، فصار كالمصرَّح به فى لفظه ، فإن مبنى الأيمان على النية ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما لامرىء[1] ما نوى » .

٥٨٦٧ (فصـــل)

ولا يُمنَع من وطء زوجته قبل فِعْل ما حلف عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال سعيد ابن المسيب ، والحسن ، والشعبى ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، ومالك ، وأبو عبيد : لا يطأ حتى يفعل ، لأن الأصل عدم الفعل ، ووقوع الطلاق . وروى الأثرم ، عن أحمد مثل ذلك ، وقال الأنصارى ، وربيعة ، ومالك : يضرب له أجل المولِى ، كما لو حلف أن لا يطأها .

ولنـا : أنه نـكاح صحيح ، لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم ، فحل له الوطء فيه ، كما لو قال : إن طلقتك فأنت طالق . وقولهم : الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . قلنا : هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حـكمه ، ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يَضُرّ ، كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع فى زمن لا يمـكن الوطء بعده بخلاف قوله : إن وطئتك فأنت طالق .

٥٨٦٨ (فصـــل)

إذا كان المعلّق طلاقاً بائناً فمات لم يرثها . لأن طلاقه أبانها منه ، فلم يرثها ، كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته . نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، إذا قال لزوجتـه : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ، ومات ولم يتزوج عليها ، ورثته وإن ماتت لم يرثها ، وذلك لأنها تطلق فى آخر حياته ، فأشبه طلاقه لها فى تلك الحال . ونحو هذا قال عطاء ، ويحيى الأنصارى . ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبى ، وأبى عبيـد . لأنه إنما طلقها فى صحته ، وإنما تحقق شرط وقوعه فى المرض لم ترثه ، كما لو علقه على فعلها ففعلته فى مرضه .

وقال أبو حنيفة : إن حلف : إن لم تأت البصرة فأنت طالق ، فلم تفعل فإنهما لا يتوارثان . وإن قال: إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته . وإن ماتت لم يرثها لأنه فى الأولى علق الطلاق على فعلها . فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، واذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه ، فأشبه ما لو نجزه فى الحال .

ووجه الأول أنه طلاق فى مرض موته[2] ، فمنعه ميراثه ، ولم يمنعها ، كما لو طلقها ابتـداء ، ولأن الزوج أخّر الطلاق اختياراً منه ، حتى وقع ما علق عليه فى مرضه ، فصار كالمباشرة له ، فأما ما ذكر[3] عن

---

(١) أخرجه البخارى عن عمر بلفظ (وإنما لـكل امرىء ما نوى) (ف) ومسلم ، ومحمد بن الحسن فى موطئه .

(٢) فى ٢٠ : فى مرض الموت . (٣) فى ٣٩ . فأما ما ذكروه .

أبى حنيفة لحسن . إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه ، لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه ، وان كان مما فيه مشقة فلا ينبغى أن يُسْقِط ميراثها بتركه ، كما لو حلف عليها بترك مالا بُدَّ لها من فعله ففعلته :

٥٨٦٩ (فصـــــــل)

إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا بنيته فهو على التراخى أيضاً ، فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله ، فلا يتقيد بدون تقييده ، ولذلك لما قال الله تعالى فى الساعة : « قُلْ بَلَى وَرَبِّى لَتَأْتِيَنَّكُم »(1) وقال : « قُلْ بَلَى وَرَبِّى لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ »(2) ولما قال : « لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِين »(3) كان ذلك على التراخى . فإن الآية أنزلت فى نوبة الحديبية ، فى سنة ست ، وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ، ولذلك روى عن عمر أنه قال : « قلت للنبى صلى الله عليه وسلم أَوَلَيْسَ كُنْتَ تُحَدِّثُنَا أَنَّا سَنَأْتِى الْبَيْتَ وَنَطُوفُ بِهِ ؟ قال : بَلَى ، فَأَخْبَرْتُكَ أَنَّكَ آتِيهِ الْعَامَ ؟ قلتُ : لا : قالَ : فإِنَّكَ آتِيهِ ومُطَوِّفٌ بِهِ »(4) وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه .

٥٨٧٠ (فصـــــــل)

إذا قال لامرأته : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، ولم يطلقها طلقت ، إذا بقى من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه على مقتضى هـذه المسألة . وهذا اختيار أبى الخطاب ، وقول أصحاب الشافعى . وحكى القاضى فيها وجهين ، هـــذا ، ووجهاً آخر : أن الطلاق لا يقع . وحكى ذلك عن أبى بكر ، وابن سريج ، لأن محل الطلاق اليوم ، ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه ، فلا يبقى من محل طلاقها مايقع الطلاق فيه .

ولنا : أن خروج اليوم يفوت به طلاقها ، فوجب وقوعه قبله فى آخر وقت الإمكان ، كموت أحدهما فى اليوم . وذلك لأن معنى يمينه . إن فاتنى طلاقك اليوم فأنت طالق فيه ، فإذا بقى من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه ، فوقع حينئذ كما يقع طلاقه فى مسألتنا فى آخر حياة أولهما موتا . وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما فى اليوم ، فإن محل طلاقها يفوت بموته ، ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبل موته ، كذا ههنا ، ولو قال لها : أنت طالق اليوم ان لم أتزوج عليك اليوم ، أو إن لم أشتر لك اليوم ثوباً ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقى من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وإن قال لها : أنت طالق إن لم أطلقك اليوم ، طلقت بغير خلاف ، وفى محل وقوعه وجهان.

---

(1) سورة سبأ آية ٣ (2) سورة التغابن آية ٧ (3) سورة الفتح آية ٢٧
(4) أخرجه البخارى وأبو داود عن المسور بن مخرمة ومروان (ف) .

(أحدهما) فى آخر اليوم (والثانى) بعد خروجه . وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك فهو كقوله : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، لأنه جعل عــدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم ، والشرط يتقدم المشروط

٥٨٧١ (فصــــل)

وإن قال لعبده : وإن لم أبعك اليوم فامرأتى طالق اليوم ، ولم يبعه حتى خرج[1] اليوم ففيه الوجهان ، وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة فى اليوم طلقت زوجته حينئذ ، لأنه قد فات بيعه . وإن دبَّره أو كاتبه لم تطلق امرأته . لأن بيعه جائز ، ومن منع بيعهما[2] قال : يقع الطلاق بذلك ، كما لو مات ، وإن وهَبَ العبد لإنسان لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عوده إليه فيبيعه فلم يفت بيعه . ولو قال : إن لم أبع عبدى فامرأتى طالق ، ولم يقيده باليوم فــكاتَبَ العبد لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عجزه ، فلم يعلم فوات البيع ، فإن عتق بالـكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ ، لأنه فات بيعه .

٥٨٧٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإن قال : كلما لم أطلقك ، فأنت طالق ، وقع بها الثلاث فى الحال ، إذا كان مدخولا بها ﴾

إنما كان كذلك لأن « كلما » تقتضى التـكرار ، قال الله تعالى : [3]« كُلَّمَا جَاءَ أُمَّةً رَسُولُهَا كَذَّبُوهُ » وقال [4]« كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَعَنَتْ أُخْتَهَا » . فيقتضى تـكرار الطلاق تـكرار الصفة ، والصفه عدم تطليقه لها ، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة ، فيقع طلقة ، وتتبعها الثانية ، والثالثة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم تـكن مدخولا بها بانت بالأولى ، ولم يلزمها ما بعدها ، لأن البائن لا يلحقها طلاق ، فأما إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، أو متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق . فإنها تطلق واحدة ، ولا يتـكرر إلا على قول أبى بكر فى « متى » فإنه يراها للتـكرار ، فيتكرر الطلاق بها مثل « كلما » إلا أن « متى » و « أى » وقت يقيضيان الطلاق على الفور ، متى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت فى الحال : وأما « إذا » ففيها وجهان .

أحدها : هى على الفور ، لأنها اسم وقت ، فهى كمتى .

والثانى أنها على التراخى ، لأنها كثر استعمالها فى الشرط ، فهى كإن . فعلى هذا إذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً ، لم تطلق إلا فى آخر جزء من حياة أحدهما . وإن قال : متى لم أحلف بطلاقك

---

(١) فى المخطوطه ١٨ انقضى.
(٢) أى بيع المدبر والمـكاتب
(٣) سورة المؤمنون آية ٤٤
(٤) سورة الأعراف آية ٣٨

فأنت طالق . أو : أى وقت لم أحلف بطلاق[1] فأنت طالق ، وكرره ثلاثا متواليات[2] ، طلقت مرة واحدة ، لأنه لم يحنث فى المرة الأولى ولا [فى] الثانية ، لكونه حلف عقيبهما ، وحنث فى الثالثة : وإن سكت بين كل يمينين سكوتاً يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثا . وإن قال ذلك بلفظة إذا ، وقلنا : هى على الفور ، فهى كمتى ، وإلا لم تطلق إلا واحدة فى آخر حياة أحدهما .

٥٨٧٣ (فصـــل)

والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأى ، وكلما . فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخى ، مثل قوله : إن خرجت ، وإذا خرجت ، ومتى خرجت ، وأى حين ، وأى زمان ، وأى وقت خرجت ، وكلما خرجت ، ومن خرجَتْ منكن ، وأيتكن خرجت فهى طالق . فمتى وُجِد الخروج طلقت . وإن مات أحدهما سقطت اليمين .

فأما إن علق الطلاق بالنفى بواحد من هذه الحروف ، كانت « إن » على التراخى ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما ، على الفور ، لأن قوله : متى دخلت فأنت طالق ، يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق ، وذلك شائع فى الزمان كله ، فأى زمن دخلت وجدت الصفة . وإذا قال : متى لم تدخلى فأنت طالق ، فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وُجِدَت الصفة ، فإنها اسم لوقت الفعل ، فيقدر به . ولهذا يصح السؤال به ، فيقال : متى دخلت ؟ أى : أى وقت دخلت . وأما « إن » فلا تقتضى وقتاً ، فقوله : إن لم تدخلى ، لا يقتضى وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت ، فهى مطلقة فى الزمان كله . وأما إذا ففيها وجهان أحدهما : هى على التراخى ، وهو قول أبى حنيفة ، ونصره القاضى ، لأنها تستعمل شرطاً بمعنى إن . قال الشاعر :

استغنِ ما أغناك ربُّك بالغنى وإذا تصبك خَصَاصَةٌ[3] فتجمّل

فجزم بها[4] كما يجزم بإن ، ولأنها تستعمل بمعنى متى ، وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بالاحتمال .

والوجه الآخر : أنها على الفور ، وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، وهو المنصوص عن الشافعى ، لأنها اسم لزمن مستقبل ، فتكون كمتى . وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها ، فإن « متى » يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر :

---

(١) فى طبعة السيد رشيد رضا (بطلاقكما) والظاهر (بطلاقك) (ف)

(٢) فى ١٨ : متوالية

(٣) قائل هذا البيت عبد القيس بن خفاف البرجمى : والخصاصة : الفقر وسوء الحالة (ف) .

(٤) فى ١٨ و ٣٩ فجزم بإذا .

متى تأته تَعْشُو[١] إلى ضَوْءِ ناره تجدْ خيرَ نارٍ عندها خيرُ مُوقِد

و « من » يجازى بها أيضا ، وكذلك « أى » وسائر الحروف[٢] ، وليس فى هذه الحروف مايقتضى التكرار إلا « كلما » ، وذكر أبو بكر فى « متى » أنها تقتضى التكرار أيضاً ، لأنها تستعمل للتكرار ، بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

أى : فى كل وقت ، ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ، ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه ، والصحيح : أنها لا تقتضيه ، لأنها اسم زمن بمعنى أىّ وقت ، وبمعنى « إذا » فلا تقتضى مالا يقتضيانه ، وكونها تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها لا يمنع استعمالها فى غيره ، مثل إذا ، وأى ، وقتٍ ، فإنهما يستعملان فى الأمرين . قال الله تعالى : « وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ[٣] » « وَإِذَا جَاءَكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ[٤] » « وَإِذَا لَمْ تَأْتِهِمْ بِآيَةٍ قَالُوا لَوْلَا اجْتَبَيْتَهَا »[٥]. وقال الشاعر :

قومٌ إذا الشَّرُّ أبدى ناجِذيْه لهم طاروا إليه زُرَافَاتٍ وَوحْدَانا[٦]

وكذلك أى وقت ، وأى زما ، فإنهما يستعملان للتكرار ، وسائر الحروف يجازى بها ، إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تُحْمَل على التكرار إلا بدليل ، كذلك متى .

٥٨٧٤ (فصـــــل)

وهذه الحروف إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف فى الجزاء ، كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن تأخر جزاؤها احتاجت فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب ، فتربط بين الجزاء وشرطه ، وتدل على تعقيبه به . فإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، لم تطلق حتى تدخل . وبه قال بعض الشافعية . وقال محمد بن الحسن : تطلق فى الحال ، لأنه لم يعلِّقْهُ بدخول الدار ، لأنه إنما

---

(١) البيت للحطيئة فى ديوانه ، يقال : عشايعشوا إذ استضاء ببصر ضعيف فى ظلمة ، وقال الأعلم : متى تأته عاشيا أى فى الظلام وهو العشاء (ف) (٢) فى ١٨ . وباقى الحروف

(٣) سورة الأنعام آية ٦٨ (٤) سورة الانعام آية ٥٤ (٥) سورة الأعراف آية ٢٠٣

(٦) قائله قريط بن أنيف أحدبنى العنبر ، وإبداء الشر ناجذيه مثل لشدته وصعوبته ، والزرافات . الجماعات بصفهم بإسراع كل واحد منهم إلى المكاره دون تخاذل واللفظ الوارد فى الحماسة ج ١ ص ٤ (طاروا إليه) وهو كذلك فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٣٨٢ (ف).

يعلق بالفاء ، وهذه لا فاء فيها ، فيكون كلاماً مستأنفاً غير معلق بشرط ، فيثبت حكمه فى الحال .

ولنــا : أنه أتى بحرف الشرط ، فيدل ذلك[1] على أنه أراد التعليق به ، وإنما حذف الفاء وهى مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ، ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقى الكلام على المحذوف ، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه أراد : أنت طالق إن دخلت الدار ، فقدم الشرط ، ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة ، وتصحيحه على الفساد وجب ، وفيما ذكرنا تصحيحُه ، وفيما ذكروه إلغاؤه . وإن قال : أردت الإيقاع فى الحال وقع ، لأنه يُقرّ على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال : أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق فى الحال ، لأن معناه : أنت طالق فى كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخول الدار ، كقول النبى صلى الله عليه وسلم[2] : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى وإن سرق » . وقال[3] : « صلهم وإن قطعوك ، وأعطهم وإن حرموك » . وإن قال : أردت الشرط دين . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين[4] . فإذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن دخلت الأخرى . فمتى دخلت الأولى طلقت ، سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ، ولا تطلق بدخول الأخرى .

وقال ابن الصباغ : تطلق بدخول كل واحدة منهما ، وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه ، وإن قال : أردت جعل الثانى شرطاً لطلاقها أيضاً ، طلقت بكل واحد منهما لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ . وإن قال : أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية[5] فهو على ما أراده ، وإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى . طلقت بدخول إحداهما ، لأنه عطف شرطاً على شرط . فإن قال : أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قُبِل منه ، لأنه محتمل ، وطلقت بدخول الأولى وحدها . وإن قال : إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق ، فقد قيل : لا تطلق إلا بدخولهما ، لأنه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ، ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان ، لأنه ذكر شرطين بحرفين ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : فدل ذلك .

(٢) أخرج الشيخان عن أبى ذر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : أتانى جبريل فبشرنى أنه من مات من أمتك لا يشرك بالله شيئاً دخل الجنة قلت : وإن زنى وإن سرق قال : وإن زنى وإن سرق . . (ف)

(٣) بمعناه من حديث أخرجه أحمد عن عبد الله بن عمرو ، وعن أبى ذر قال : أوصانى خليلى صلى الله عليه وسلم ألا تأخذنى فى الله لومة لائم وأوصانى بصلة الرحم وإن أدبرت . . أخرجه الطبرانى (ف) .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : على وجهين .

(٥) يعنى أنه حذف جواب الشرط . أى : وإن دخلت الأخرى فهى طالق أيضاً .

فيقتضى كل واحد منهما جزاء ، فترك ذ كر جزاء الأول ، وكان الجزاء الآخر دالا عليه ، كما لو قال : ضربت وضربنى زيد . قال الفرزدق :

ولكن [١] نِصْفاً لو سببتُ وسبنى بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبنى هؤلاء وسببتهم . وقال الله تعالى : « عَنِ اليَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيد »[٢] . أى : عن اليمين قعيد ، وعن الشمال قعيد . وإن قال : إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت ، لأن الواو ليست للجزاء ، وقد تكون للابتداء . فإن قال: أردت بها الجزاء ، أو قال : أردت أن أجعل دخولها فى حال كونها طالقاً شرطاً لشىء ، ثم أمسكت ، دُيِّن ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين . وإن جعل لهذا جزاء فقال : إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدى حر ، صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهى طالق ، لأن الواو ههنا للحال ، كقول الله تعالى : «لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُم »[٣] وقوله : « فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُون »[٤] . ولو قال : أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً ، فدخلت وهى طالق ، طلقت أخرى . وإن دخلتها غير طالق لم تطلق ، لأن هذا حال ، فجرى مجرى قوله : أنت طالق إن دخلت الدار راكبة . وإن قال : أنت طالق لو قمت ، كان ذلك شرطاً ، بمنزلة قوله : إن قمت . وهذا يحكى عن أبى يوسف ، ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغواً ، والأصل اعتبار كلام المكلف . وقيل : يقع الطلاق فى الحال . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله : « وَإِنَّهُ لَقَسَمٌ لَوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ »[٥] . « وَرَأَوُا العَذَابَ لَوْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَهْتَدُون »[٦] . وإن قال : أردت أن أجعل لها جواباً، دُيِّن، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

٥٨٧٥ (فصـــل)

فإن قال : إن أكلت ولبست فأنت طالق ، لم تطلق إلا بوجودهما [جميعاً][٧] ، سواء تقدم الأكل أو تأخر ، لأن الواو للعطف ، ولا تقتضى ترتيباً . وإن قال : إن أكلت أو لبست فأنت طالق ، طلقت بوجود أحدهما ، لأن [أو] لأحد الشيئين . وكذلك إن قال : إن أكلت أو إن لبست . أولا أكلت ولا لبست . وإن قال : أنت طالق لا أكلت ولبست ، لم تطلق إلا بفعلهما ، إلا على الرواية التى تقول : يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، فإنه يحنث بأحدهما ههنا . وإن قال : أنت طالق إن أكلت فلبست، أو إن أكلت ثم لبست ، لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس ، لأن الفاء وثم للترتيب . وإن قال : أنت طالق إن أكلت

---

(١) النصف : الإنصاف ، وفى اللسان ج ٩ ص ٣٣٢ (من مناف وهاشم) (ف) .
(٢) سورة ق آية ١٧ (٣) سورة المائدة آية ٩٥ (٤) سورة آل عمران آية ١٤٣
(٥) سورة الواقعة آية ٧٦ (٦) سورة القصص آية ٦٤ (٧) ساقطة من المخطوطة ٢٠

إذا لبست ، أو إن أكلت متى لبست ، أو إن أكلت إن لبست ، لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ، لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس ، ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط ، فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم ، لأنه جعل الثانى فى اللفظ شرطاً للذى قبله ، والشرط يتقدم المشروط ، قال الله تعالى : « وَلاَ يَنْفَعُكُمْ نُصْحِى إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ[(١)] » . فلو قال لامرأته : إن أعطيتك ، إن وعدتك ، إن سألتنى فأنت طالق ، لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها، لأنه شَرَط فى العطية الوعد ، وفى الوعد السؤال ، فكأنه قال : إن سألتنى فوعدتك ، فأعطيتك ، فأنت طالق . وبهذا قال أبوحنيفة ، والشافعى . وقال القاضى[(٢)] : إذا كان الشرط بإذا كقولنا ، وفيما إذا كان بإن مثل قوله : إن شربت ، إن أكلت ، أنهـا تطلق بوجودهما كيفما وجدا ، لأن أهل العرف لايعرفون مايقوله أهل العربية فى هذا ، فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف ، بخلاف ما إذا كان الشرط بإذا . والصحيح الأول ، وليس لأهل العرف فى هذا عرف ، فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ، ولاينطقون به إلا نادراً ، فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن[(٣)] كسائر مسائل هذا الفصل .

٥٨٧٦ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق أن قمت ، بفتح الهمزة ، فقال أبوبكر . تطلق فى الحال ، لأن أن المفتوحة ليست للشرط ، وإنما هى للتعليل ، فمعناه : أنت طالق لأنك قمت ، أو لقيامك ، كقول الله تعالى : « يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا[(٤)] » . « وَتَخِرُّ الْجِبَالُ هَدًّا أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمٰنِ وَلَدًا[(٥)] » . « وَيُخْرِجُونَ[(٦)] الرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا بِاللهِ رَبِّكُمْ[(٧)] » . وقال القاضى : قياس قول أحمد : أنه إن كان نحوياً وقع طلاقه ، وإن لم يكن نحوياً فهى للشرط ، لأن العامى لايريد بذلك إلا الشرط ، ولايعرف أن مقتضاها التعليل ، فلا يريده ، فلايثبت له حكم مالا يعرفه ولايريده ، كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لايعرفه . وحكى عن ابن حامد أنه قال فى النحوى أيضاً : لايقع طلاقه بذلك ، إلا أن ينويه ، لأن الطلاق يُحْمل على العرف فى حقهما جميعاً .

واختلف أصحاب الشافعى على ثلاثة أوجه أحدها : يقع طلاقه فى الحال . والثانى : يكون شرطاً فى حق العامى ، وتعليلا فى حق النحوى . والثالث : يقع الطلاق إلاأن يكون من أهل الإعراب ، فيقول : أردت

---

(١) سورة هود آية ٣٤ . (٢) فى ١٨ و ٢٠ : وقول القاضى . (٣) فى نسخة عند أهل اللسان .
(٤) سورة الحجرات آية ١٧ (٥) سورة مريم آية ٩٠ ، ٩١
(٦) فى النسخ المطبوعة (وتخرجون) والصواب (ويخرجون) وهى فى الآية الأولى من سورة الممتحنة(ف) .
(٧) فى ٢٠ على الفور .

الشرط فيقبل ، لأنه لايجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده .

وإن قال : أنت طالق إذا دخلت الدار ، طلقت فى الحال ، لأن إذ للماضى ، ويحتمل ألا يقع ، لأن الطلاق لايقع[1] فى زمن ماض ، فأشبه قوله : أنت طالق أمس .

٥٨٧٧ (فصــــل)

وإذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً فى قول عامة أهل العلم . وخرج القاضى وجهاً فى وقوعه بوجود أحدهما ، بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف ألايفعل شيئاً ففعل بعضه . وهذا بعيد جداً ، يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم . فإنه لاخلاف بينهم فى المسائل التى ذكرناها فى الشرطين جميعاً ، وإذا اتفق العلماء على أنه لايقع طلاقه لإخلاله بالترتيب فى الشرطين المرتبين فى مثل قوله : إن أكلت ثم لبست ، فلإخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا مالو قال : إن أعطيتنى درهمين فأنت طالق ، وإذا مضى شهران فأنت طالق ، فإنه لاخلاف فى أنها لاتطلق قبل وجودهما جميعاً ، وكان قوله يقتضى أن يقع الطلاق بإعطائه بعض درهم ، ومضى بعض يوم . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما .

وقد نص أحمد على أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا قال : إذا صمت يوماً فأنت طالق ، أنها لاتطلق حتى تحيض حيضة كاملة ، وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت . وأما اليمين فإنه متى كان فى لفظه أو نيته ما يقتضى جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه . وفى مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معاً ، لتصريحه بهما وجعلها شرطاً للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه ، على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ، لنهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه ، كما يقتضى المنع من جملته. وما علق على شرط جعل جزءاً وحكما له ، والجزاء لايوجد بدون شرطه . والحكم لايتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً .

٥٨٧٨ (فصول فى تعليق الطلاق)

إذا قال لامرأته : إن حضت فأنت طالق ، فقالت : قد حضت ، فصدقها ، طلقت ، وإن كذبها ففيه روايتان .

إحداهما : يقبل قولها ، لأنها مينة على نفسها ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهوظاهر المذهب، لأن الله تعالى قال : « وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ »[2] قيل : هو الحيض والحمل ، ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانه ، وصار هذا كما قال الله تعالى : « وَلَا تَكْتُمُوا

---

(١) فى ٢٠ لايوقع بالبناء للمجهول . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

الشَّهَادَةَ »[1] لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها ، فوجب الرجوع إلى قولها فيه ، كقضاء عدتها[2] .

والرواية الثانية : لا يقبل قولها ، ويختبرها النساء بإدخال قطنة فى الفرج فى الزمان الذى ادعت الحيض فيه ، فإن ظهر الدم فهى حائض ، وإلا فلا . قال أحمد فى رواية مهنا فى رجـل قال لامرأته : إذا حضت فأنت طالق . وعبدى حر . قالت : قد حضت . ينظر إليها النساء ، فتعطى قطنة وتخرجها ، فإن خرج الدم فهى حائض ، تطلق ويعتق العبد . وقال أبوبكر : وبهذا أقول ، وهذا لأن الحيض يمكن (التوصل إلى)[3] معرفته من غيرها ، فلم يقبل فيه مجرد قولها ، كدخول الدار . والأول المذهب، ولعل أحمد إنما اعتبر البينة فى هذه الرواية من أجل عتق العبد ، فإن قولها إنما يقبل فى حق نفسها دون غيرها . وهـل يعتبر يمينها إذا قلنا : القول قولها ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها . ولا يقبل قولها إلا فى حق نفسها دون غيرها ، من طلاق أخرى ، أو عتق عبد . نص عليه أحمد فى رجل قال لامرأته ، إذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الأخرى . قالت : قد حضت من ساعتها ، أو بعد ساعة ، تطلق هى ، ولا تطلق هذه حتى تعلم ، لأنها مؤتمنة على نفسها ، ولا يحمل طلاق هـــذه بيدها . وهـذا مذهب الشافعى وغيره ، لأنها مؤتمنة فى حق نفسها دون غيرها ، فصارت كالمودع يقبل قوله فى الرد على المودع دون غيره . ولو قال : قد حضت ، فأنكرته ، طلقت بإقراره . وإن قال : إن حضت فأنت وضرتك طالقتان ، فقالت : قد حضت ، فصدقها طلقتا بإقراره . وإن كذبها طلقت وحدها . وإن ادعت الضرة أنهـا قد حاضت لم يقبل ، لأن معرفتها بحيض غـيرها كمعرفة الزوج به ، وإنما ائتمنت على نفسها فى حيضها . وإن قال : قد حضت فأنكرت ، طلقتا بإقراره . ولو قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان ، فقالتا : قد حضـنا فصدقهما طلقتا : وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين ، حيضها وحيض ضرتها ، ولا يقبل قول ضرتها عليها ، فلم يوجد الشرطان . وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة وحدها ، لأن قولها مقبول فى حقها ، وقد صدق الزوج ضرتهـا ، فوجد الشرطان فى طلاقها ، ولم تطلق المصدقة ، لأن قول ضرتها غير مقبول فى حقها ، وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها .

٥٨٧٩ (فصـــل)

فإن قال لأربع : إن حضتن فأنتن طوالق، فقلن : قد حضنا ، فصدقهن طلقن ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ، ولم يوجد . وإن صدق واحـدة أو اثنتين لم تطلق ، واحدة

---

(١) سورة البقره آية ٢٨٣ . (٢) فى المخطوطة : ١٨ و ٢٠ : كانقضاء عدتها .
(٣) ساقطة من ٢٠ .

منهن ، لأنه لم يوجد الشرط . وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها ، لأن قولها مقبول فى حيضها ، وقد صدق الزوج صواحبها ، فوجد حيض الأربع فى حقها ، فطلقت ، ولا يطلق المصدقات ، لأن قول المكذبة غير مقبول فى حقهن .

٥٨٨٠ (فصـــل)

وإن قال لهن : كلما حاضت إحداكن ، أو أيتكن حاضت فضرائرها طوالق ، فقلن : قد حضنا ، فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا ، وإن كذبهن لم تطلق واحـدة منهن ، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ، ولم تطلق هى ، لأنه لم يثبت حيض ضرة لها ، وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقه طلقة ، لأن لـكل واحدة منهما ضرة مصدقة ، وطلقت كل واحدة من المـكذبتين طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثاً طلقت المـكذبة ثلاثا ، وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين .

٥٨٨١ (فصـــل)

إذا قال لطاهر : إذا حضت فأنت طالق ، فرأت الدم فى وقت يمكن أن يكون حيضاً ، حكمنا بوقوع الطلاق ، كما يحكم بكونه حيضاً فى المنع من الصلاة وغيرها ، مما يمنع من الحيض ، وإن بان أنه ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض ، بان أن الطلاق لم يقع ، وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالـكا ، فإن ابن القاسم روى عنه : أنه يحنث حين تـكلم به ، وقد سبق الـكلام معه فى هذا ، وإن قال لحائض : إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض . ولو قال لطاهر : إذا تطهرت فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وهذا يحكى عن أبى يوسف .

وقال بعض أصحاب الشافعى : الذى يقتضيه مذهب الشافعى أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها فى المسألتين ، لأنه قد وجد منها الحيض الطهر ، فوقع الطلاق اوجود صفته .

ولنا : أن «إذا» اسم زمن مستقبل، يقتضى فعلا مستقبلا ، وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ، ولا يفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك ، فتعلقت الصفة به ، ولو قال لطاهر : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، نص عليه أحمد لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك . ولو قال لحائض : إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر ، وتطلق فى الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل . نص عليه أحمد فى رواية إبراهيم الحربى ، وذكر أبو بكر فى التنبيه فيها قولا : أنها لا تطلق حتى تغتسل ، بناء على العدة لا تقضى بانقطاع الدم حتى تغتسل .

ولنا : أن الله تعالى قال « وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ[1] » أى ينقطع دمهن « فإذَا تَطَهَّرْنَ » أى اغتسلن ، ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات فى وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام ، وإنما بقى بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل ، ولأنها ليست حائضاً فيلزم أن تكون طاهراً ، لأنهما ضدان على التعيين ، فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

٥٨٨٢ (فصـــل)

فإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة ، فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها منها . وإن قال : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ، لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة ، لأن « ثم » للترتيب ، فتقتضى حيضتين بعد الطلقة الأولى ، لكونهما مرتبتين عليها .

٥٨٨٣ (فصـــل)

فإن قال : إذا حضت نصف حيضة فأنت ، طالق ، طلقت إذا ذهب نصف الحيضة ، وينبغى أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها ، لأن الأحكام تعلقت بالعادة ، فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضى سبعة أيام ونصف ، لأننا لا نتيقن مضى نصف الحيضة إلا بذلك ، إلا أن تطهر لأقل من ذلك . ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق فى نصف الحيضة . وقيل . يلغو قوله نصف حيضة ، ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض ، والأول أصح ، فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة ، وله نصف حقيقة ، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده ، وتعلق الحكم به كالحمل .

٥٨٨٤ (فصـــل)

وإن قال لامرأتيه : إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان ، لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ، ويكون التقدير : إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحده فأنتما طالقتان ، كقول الله تعالى (فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)[2] أى : اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ، ويحتمل أن يتعلق بحيض إحداهما حيضة ، لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت إضافته إلى إحداهما ، كقوله تعالى : « يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ »[3] وإنما يخرج من[4] من أحدهما ، وقال القاضى : يلغو قوله : حيضة

(١) سورة البقرة آية ٢٢٢ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة الرحمن آية ٢٢

(٤) على هذا جرى المفسرون القدامى فقد قالوا : إن اللؤلؤ لا يوجد إلا فى الملح ، ولكن ظهر فى عصرنا ما يثبت إعجاز القرآن فقد وجدت اللآلىء فى المياه العذبة فى انجلترا واسكتلندا وويلز وتشيكوسلوفاكيا واليابان . . . الخ بالإضافة إلى مصايد اللؤلؤ البحرية المشهورة. يراجع المنتخب فى تفسير القرآن ج ٥ ص ٦٥٨ (ف)

واحدة لأن حيضة واحدة من امرأتين محال ، فيبقى كأنه قال : إن حضتما فأنتما طالقتان . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والوجه الآخر: لا تنعقد هذه الصفة ، لأنها مستحيلة، فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات . والوجه الأول أولى ، لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محمل سائغ، وتبعيداً لوقوع الطلاق ، واليقين بقاء النكاح،فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقينا . وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين ، فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه. وإذا ادعى ذلك قبل منه ، وإذا قال: أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق الطلاق بمستحيل ، فيحتمل أن يلغو قوله : حيضة ، ويحتمل ألا يقع الطلاق ، لأن هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها . ويحتمل أن يقع في الحال ، ويلغو الشرط ، بناء على ماذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل.

٥٨٨٥ (فصـــل)

وإذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق، وقيده بوقت ، فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثاً ثلاثا ، لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات ، وإن وطىء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة ، لأنها ليست لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة ، وإن وطىء اثنتين طلقتا طلقتين ، وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وان وطىء واحدة طلقت ثلاثا وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وإن لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ، وإذا ماتت أخرى فكذلك ، وإن مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته .

٥٨٨٦ (فصـــل)

فإن قال : إن لم تكوني حاملا فأنت طالق ، ولم تكن حاملا طلقت ، وإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ، ولم يكن يطأها لم تطلق ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد . وإن مضت أربع سنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين . وإن كان يطؤها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت ، فإن ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه ، قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق . وإن حاضت أو وجد ما يدل على براءتها من الحمل طلقت، وإن لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثاني ففيه وجهان . أحدهما: تطلق ، لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء . والثاني : لا تطلق ، لأن اليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بشك واحتمال ، [1] ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء ، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، وإلا استبرأها ههنا بحيضة ، فإن وجدت الحيضة ، على عادتها تبينا وقوع طلاقها ، وإن لم تأت في عادتها ،

---

(١) في المخطوطة ٢٠ : بالشك والاحتمال .

كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها، وإن قال: إن كنت حاملا فأنت طالق، فهى عكس المسألة التى قبلها. ففى الموضع الذى يقع الطلاق ثَمَّ لا يقع ههنا، وفى الموضع الذى لا يقع ثم يقع ههنا، إلا أنها إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق، لأن تعين النكاح باق، والظاهر حدوث الولد من الوطء، لأن الأصل عدمه قبله، ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها. نص عليه أحمد. قال القاضى: يحرم الوطء، سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة، لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى: لا يحرم الوطء، لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل، وإذا استبرأها حل وطؤها على الروايتين، ويكون الاستبراء بحيضة. قال أحمد فى رواية أبى طالب: إذا قال لامرأته: متى حملت فأنت طالق، لا يقربها حتى تحيض، فإذا طهرت وطئها، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة، فإن لم يوجد أوخفى عليهن انتظر عليها تسعة أشهر، غالب مدة الحمل، وذكر القاضى فيها رواية أخرى: أنها تستبرأ بثلاثة أقراء، ولأنه استبراء الحرة، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى. والصحيح ماذكرناه، لأن المقصودمعرفة براءة رحمها، وقد حصل بحيضة، لهذا قال عليه السلام [(١)] «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة». يعنى تعلم براءتها بحيضة، ولأن مايعلم به البراءة فى حق الأمة والحرة واحد، لأنه أمر حقيقى لا يختلف بالحرية والرق. وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن [(٢)] يُعَدَّى بالقياس، وهل يعتد [(٣)] بالاستبراء قبل عقد اليمين، أو بالحيضة التى حلف فيها؟ على وجهين.

أصحهما: الاعتداد به، لأنه يحصل به مايحصل بالاستبراء بعد اليمين.

والثانى: لا يعتد به، لأن الاستبراء لا يتقدم على سببه، ولأنه لا يعتد به فى استبراء الأمة. قال أحمد: إذا قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق، يطؤها فى كل طهر مرة، يعنى إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها، لأن الحيض علم على براءتها من الحمل، ووطؤها سبب له، فإذا وطئها اعتزلها، لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به.

٥٨٨٧ (فصـــــل)

إذا قال: إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين، فولدت

---

(١) أخرجه أبوداود والحاكم من حديث أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا أوطاس ولا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حامل حتى تحيض حيضة (ف)

(٢) فى النسخ المطبوعة (أن تعدا) والصواب (أن يعدى) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٠٣ (ف)

(٣) فى النسخ المطبوعة (وهل تعتدا) وهو خطأ والصواب (وهل يعتد) كما فى الشرح الكبير الصفحة السابقة (ف)

غلاماً ، كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه ، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين ، واعتدت بالقروء ، وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولها ولادة تبينا أنها طلقت واحدة [1] وبانت بوضع الجارية ، ولم تطلق بها . وإن كانت الجارية أولها ولادة طلقت ثلاثاً ، واحدة بحمل الغلام ، واثنتين بولادة الجارية ، وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وإن قال لها : إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة . وإن كنت حاملا بجارية ، فأنت طالق اثنتين [2] ، فولدت غلاماً وجارية ، طلقت ثلاثاً .

وإن قال : إن كان حملك غلاماً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان حملك جارية ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاماً وجارية لم تطلق ، لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية [3] ، ذكره القاضي في المجرد ، وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال القاضي في الجامع : في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوباً من غزلها ، فلبس ثوباً فيه من غزلها .

٥٨٨٨ (فصـــل)

فإن قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ثلاثاً دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، لأن صفة الثلاث وجدت وهي زوجة ، وإن ولدتهم في دفعات من حمل واحد ، طلقت بالأولين وبانت بالثالث [4] ولم تطلق ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن ابن حامد : أنها تطلق ، لأن زمان البينونة زمن الوقوع ، ولا تنافي بينهما .

ولنا : أن العدة انقضت بوضع الحمل ، فصادفها الطلاق بائناً لم يقع ، كما لو قال: إذا مت فأنت طالق، وقد نص أحمد فيمن قال : أنت طالق مع موتي ، أنها لا تطلق ، فهذا أولى . وإن قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا ، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ماعلق عليه ، وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد ، فإن أشكل الأول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ، ولاتلزمه الثانية والورع أن يلتزمها ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي : قياس المذهب أن يقرع بينهما .

وإن قال : إن كان أول ما تلدين ذكراً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء ، لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء .

---

(١) في المخطوطه ٢٠ : طلقة (٢) في المخطوطة ٢٠ طلقتين (٣) في المخطوطة ١٨و٢٠ ولاهو بجارية

(٤) في المخطوطة ١٨ بالثالث

٥٨٨٩ (فصـــــل)

فإن كان له أربع نسوة فقال : كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق ، فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا . وإن ولدن فى دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة ، فإذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان[1] .

أحدهما : لا يقع بهن طلاق ، لأنها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها ، والزوج إنما علق على ولادتها طلاق ضرائرها .

والوجه الثانى : يقع بكل واحدة طلقة ، لأنهن ضرائرها فى حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللاتين لم يلدن طلقتان ، وتبين هذه وتقع بالوالدة الأولى طلقة ، فإذا ولدت الثانية بانت ، وفى وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فإذا قلنا : يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والأولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الأولى ما لم تنقض عدتها ، وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضى عدتها بذلك .

وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق ، أو فباقيكن طوالق ، فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة ، وتبين الوالدة بوضع ولدها إلا الأولى . والفرق بين هذه وبين التى قبلها ، أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا ، وفى الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك ، وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق ، فكذلك إلا أنه يقع على الأولى طلقة بولادتها ، فإن كانت الثانية حاملا باثنين فوضعت الأول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة فى المسائل كلها ، ووقع بها طلقة فى المسألة الثالثة ، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنين ، فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثا ، وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين فى المسألتين الأوليين ، وثلاثا ثلاثا فى المسألة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها . قال القاضى : إذا كانت له زوجتان فقال : كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان ، فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا جميعاً ، ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق ، وطلقت الأولى ثانية ، فإن كانت كل واحدة منهما حاملا باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا ، فإذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به ، وطلقت الثانية ثلاثا .

٥٨٩٠ (فصـــــل)

وإذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة ، لأن إعادته تكليم لها ،

(١) فى ٢٠ و ٣٩ : فيه وجهان .

وشرط لطلاقها ، فإن أعاده ثالثة طلقت ثانية ، إلا أن يكون غير مدخول بها ، فتبين بالأولى ، ولا يلحقها طلاق ثان . وإن أعاده رابعة طلقت الثالثة . وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق فاعلمى ذلك أو فتحققى ذلك حنث ، لأنه كلما بعد عقد اليمين إلا أن ينوى كلاما مبتدأ ، وإن زجرها فقال تنحى أو اسكتى أو اذهبى حنث لأنه كلام ، وإن سمعها تذكر فقال : الكاذب عليه لعنة الله ، حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها ، وإن كلمها وهى نائمة أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون لا تسمع ، أو بعيدة لا تسمع كلامه ، أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع ، أو حلف لا يكلم فلانا فكلمه ميتا لم يحنث ، وقال أبو بكر : يحنث فى جميع ذلك ، لقول أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم[1] كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟

ولنا : أن التكلم فعل يتعدى إلى المتكلم ، وقد قيل إنه مأخوذ من الكلم وهو الجرح ، لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ، ولا يكون ذلك إلا بإسماعه ، فأما تكليم النبى صلى الله عليه وسلم الموتى فمن معجزاته فإنه قال[2] : « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » . ولم يثبت هذا لغيره ، وقول أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟ حجة لنا ، فإنهم قالوا ذلك استبعاداً ، أو سؤالا عما خفى عنهم سببه وحكمته ، حتى كشف لهم النبى صلى الله عليه وسلم حكمة ذلك بأمر مختص به ، فيبقى الأمر فى حق من سواه على النفى . وإن حلف لا كلمت فلانا فكلمته وهو سكران حنث ، لأن السكران يكلم ويحنث ، وربما كان تكليمه فى حال سكره أضر من تكليمه فى صحوه ، وإن كلمته سكرانة[3] حنث ، لأن حكمها حكم الصاحى ، وإن كلمه وهو صبى أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث ، وإن جنت هى ثم كلمته لم يحنث ، لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم .

٥٨٩١ (فصـــل)

فإن حلف لا يكلم إنسانا فكلمه بحيث يسمع ، فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث ، لأنه كلمه ، وإنما لم يسمع لغفلته ، أو شغل قلبه . وإن كلمه ولم يعرفه فإن كانت يمينه بالطلاق حنث . قال أحمد فى رجل حلف بالطلاق ألا يكلم حماته ، فرآها بالليل ، فقال : من هذا ؟ حنث ، قد كلمها ، وإن كانت يمينه بالله أو يميناً مكفرة ، فالصحيح أنه لا يحنث ، لأنه لم يقصد تكليمه ، فأشبه الناسى ، ولأنه ظن المحلوف عليه غيره

---

(١) ، (٢) أخرج البخارى عن أبى طلحة أن نبى الله أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلا من صناديد: قريش فقذفوا فى طوى من أطواء بدر .. فجعل يناديهم بأسمائهم وأسماء آبائهم .. هل وجدتم ما وعد ربكم حقا قال: فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أرواح لها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفس محمد بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم . قال قتادة : أحياهم الله حتى أسمعهم قوله .. » ف

(٣) فى ١٨ و ٢٠ : سكرى

فأشبه لغو اليمين . وإن سلم عليه حنث ، لأنه كلمه بالسلام . وإن سلم على جماعة هو فيهم وأرادجميعهم بالسلام حنث ، لأنه كلمهم كلهم . وإن قصد بالسلام من عداه لم يحنث ، لأنه إنما كلم غيره وهو يسمع . وإن لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان :

إحداهما : يحنث . لأنه كلمهم جميعهم ، وهو فيهم .

والثانية : لا يحنث ، لأنه لم يقصده ، ويمكن حمل قوله فى الحنث على اليمين بالطلاق والعتاق ، لأنه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل فى الصحيح من المذهب ، وعدم الحنث على اليمين المكفرة . فإن كان الحالف إماماً ، والمحلوف عليهمأموماً لم يحنث بتسليم الصلاة ، لأنه للخروج منها ، إلا أن ينوى بتسليمه المأمومين، فيكون حكمه حكم مالو سلم عليهم فى غير الصلاة ، ويحتمل ألا يحنث بحال ، لأن هذا لا يعد تكليما ، ولا يريده الحالف . وإن حلف لا يكلم[1] فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يقصد بذلك إسماعه كما قال :

* إياك أعنى واسمعى ياجارة *

حنث ، نص عليه أحمد . قال : إذا حلف لا يكلم فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يريد بكلامه إياه المحلوف عليه حنث ، لأنه قد أراد تكليمه .

وروى عن أبى بكرة ما يدل على أنه لا يحنث ، فإنه كان حلف ألا يكلم أخاه زياداً ، فعزم زياد على الحج، فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه فى حجره ، فقال : إن أباك يريد الحج ، والدخول على زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا السبب ، وقد علم أنه غير صحيح ، ثم خرج ولم ير أنه كلمه . والأول الصحيح ، لأنه أسمعه كلامه ، يريده به ، فأشبه مالو خاطبه به ، ولأن به[2] مقصود تكليمه قد حصل بإسماعه كلامه .

٥٨٩٢ (فصـــل)

فإن كتب إليه ، أو أرسل إليه رسولا حنث ، إلا أن يكون قصد ألا يشافهه ، نص عليه أحمد . وذكره الخرقى فى موضع آخر ، وذلك لقول الله تعالى « وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلاَّ وَحْياً أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً »[3] ولأن القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسل والكتب ، ويحتمل ألا يحنث إلا أن ينوى ترك ذلك لأن هذا ليس بتكليم حقيقة . ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك إلا أن ينويه ، فكذلك لا يحنث به . ولو حلف لا يكلمه فأرسل إنساناً يسأل أهل العلم عن مسألة أو حديث ، فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك . وإن حلف لا يكلم امرأته

(١) فى المخطوطة ٢٠ : ألا يكلم .

(٢) لفظ (به) ساقط من الشرح الكبير والمعنى مستقيم بدونه (ف) . (٣) سورةالشورى : الآية ٥١ .

فجامعها لم يحنث ، إلا أن تـكون نيته هجرانها . قال أحمد فى رجل قال لامرأته : إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق ، أله أن يجامعها ولا يكلمها ؟ فقال : أى شىء كان[1] بدوٌّ هذا أيسوؤها أو يغيظها ؟ فإن لم يـكن له نيه فله أن يجامعها ولا يكلمها . وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه فى نفسه ولم يحرك شفتيه به[2] حنث ، لأن هذا قراءة الـكتب فى عرف الناس ، فتتصرف يمينه إليه ، إلا أن ينـــوى حقيقة القراءة . قال أحمد إذا حلف . لا قرأت لفلان كتاباً ، ففتحه حتى استقصى آخره إلا أنه لم يحرك شفتيه ، فإن أراد ألا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه .

٥٨٩٣ (فصـــل)

فإن قال لامرأته إن بدأتك بالكلام فأنت طالق ، فقالت: إن بدأتك بالـكلام فعبدى حر ، انحلت يمينه ، لأنه لما خاطبته بيمينها فاتته البـداية بكلامها ، وبقيت يمينها معلقة فإن بدأت بكلامها انحلت يمينها أيضاً ، وإن بدأته هى عتق عبـدها ، هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه إن بدأها بالـكلام فى وقت آخر حنث ، لأن ذلك يسمى بداية ، فتناولته يمينه ، إلا أن ينوى ترك البداية فى هذا الوقت ، أو هذا المجلس ، فيتقيد به .

٥٨٩٤ (فصـــل)

فإن قال لامرأتيه : إن كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان ، فـكلمت كل واحدة رجلا ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث، لأن تـكليمهما، وجد منهما ، فحنث كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتـان ، فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال : إن ركبتما دابتيـكما فأنتما طالقتان ، فركبت كل واحدة دابتها .

والوجه الثانى : لا يحنث حتى تـكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما ، فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها ، وهذا أظهر الوجهـين . لأصحاب الشافعى ، وهكذا لو قال : إن دخلتما هاتين الدارين فالحـكم فيها كالأولى ، وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به ، فأما ما جرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد ، كنحو ركبا دابتيهما ، ولبسا ثوبيهما ، وتقلدا سيفيهما ، واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجيهما ، وأشباه هذا ، فإنه يحنث إذا وجد منهما منفردين ، ومالم تجر العادة فيـه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال : إن أكلتما هذين الرغيفين ، فأكلت كل واحـدة منهما رغيفاً يحنث ، لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين ، بخلاف الرجلين والدارين .

---

(١) لفظ الشرح الـكبير ج ٨ ص ٤٢٩ (قال أحمد فى رجل قال لامرأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق : أن له أن يجامعها ولا يكلمها ، فقال أى شىء كان به ؟ وهذا يسوؤها أو يغيظها فإن لم تـكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها) (ف)

(٢) فى المخطوطة :١٨ و ٢٠ ولم يحرك شفته .

٥٨٩٥ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد ، لم تطلق حتى تـكلم زيداً فى حال يكون فيها محمد مع خالد ، وذكر القاضى : أنه يحنث بكلام زيد فقط ، لأن قوله : محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع، والصحيح ماقلناه لأنه متى أمكن جعل الـكلام متصلا كان أولى من قطعه ، والرفع لا ينفى كونه حالا فإن الجملة من المبتدأ والخبر تـكون حالا ، كقوله تعالى « اقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُعْرِضُونَ»[1] وقال : « إلاَّ اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ »[2] « وأخَافُ أنْ يَأكُلَهُ الذِّئبُ وأنتم عَنْهُ غَافِلُون »[3] وهذا كثير ، فلا يجوز قطعه عن الـكلام الذى هو فى سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال : إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق ، لم تطلق حتى تـكلم زيداً فى حال كون محمد مع خالد . فـكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنا غائب ، لم تطلـــق ، حتى تـكلمه فى حال غيبته ، وكذلك لو قال : أنت طالق إن كلمت زيداً وأنت راكبة ، أو هو راكب أو محمـد راكب لم تطلق حتى تكلمه فى تلك الحال . ولو قال : أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمـد أخوه مريض ، لم تطلق حتى تـكلمه وأخوه محمد مريض

٥٨٩٦ (فصـــل)

فإن قال : إن كلمتنى إلى أن يقدم زيد ، أو حتى يقدم زيد ، فأنت طالق ، فـكلمته قبل قدومه حنث ، لأنه مد المنع إلى غاية هى قدوم زيد ، فـلا يحنث بعدها ، فإن قال : أردت إن استدمت كلامى من الآن إلى أن يقدم زيد دين ، وهل تقبل فى الحـكم ؟ يحتمل وجهين[4]

٥٨٩٧ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو كلما شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو أنى شئت ، لم تطلق حتى تشـاء ، وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول : قد شئت ، لأن ما فى القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان ، فتعلق الحـكم بمـا يتعلق به دون ما فى القلب . فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق . ولو قالت: قد شئت بلسانها وهى كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق. وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها ، ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق ، سواء كان على الفور أو التراخى ، نص عليه أحمد فى تعليق الطلاق بمشيئة فلان ، وفيما إذا قال : أنت طالق حيث شئت ، أو أنى شئت ، ونحو هذا قال الزهرى ، وقتادة . وقال أبو حنيفة دون صاحبيه : إذا قال : أنت

(١) سورة الأنبياء آية ١ (٢) سورة الأنبياء آية ٢ (٣) سورة يوسف آية ١٣

(٤) فى المخطوطة ٤٠ و٣٩: على وجهين .

طالق كيف شئت ، تطلق فى الحال طلقة رجعية ، لأن هذا ليس بشرط [(١)] ، وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها .

ولنا أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها ، فأشبه مالو قال : حيث شئت . وقال الشافعى فى جميع الحروف : إن شاءت فى الحال ، وإلا فلا تطلق ، لأن هذا تمليك للطلاق ، فكان على الفور ، كقوله اختارى ، وقال أصحاب الرأى فى إن كقوله ، وفى سائر الحروف كقولنا ، لأن هذه الحروف صريحة فى التراخى ، فحملت على مقتضاها ، بخلاف إن ، فإنها لا تقتضى زمانا ، وإنما هى لمجرد الشرط ، فتقيد بالفور بقضية التمليك ، وقال الحسن ، وعطاء : إذا قال أنت طالق إن شئت إنما ذلك لها مادامًا فى مجلسهما .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط ، فكان على التراخى كسائر التعليق . ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة ، فكان على التراخى كالعتق ، وفارق اختارى ، فإنه ليس بشرط ، إنما هو تخيير ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق ، لأن شرط الطلاق لم يوجد . وحكى عن أبى بكر : أنه يقع ، وليس بصحيح ، لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه ، كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن شاء ، وهو مجنون ، لم يقع طلاقه ، لأنه لا حكم لكلامه ، وإن شاء وهو سكران فالصحيح أنه لا يقع ، لأنه زائل العقل فهو كالمجنون .

وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين فى طلاقه . والفرق بينهما : أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه ، كيلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه ، وههنا إنما يقع الطلاق بغيره ، فلا يصح منه فى حال زوال عقله . وإن شاء وهو طفل لم يقع ، لأنه كالمجنون ، وإن كان يعقل الطلاق وقع ، لأن له مشيئة ، ولذلك صح اختياره ، لأحد أبويه . وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق ، لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ، ولذلك وقع طلاقه بها . وإن كان ناطقاً حال التعلق نخرس ففيه وجهان .

أحدهما : يقع الطلاق بها ، لأن طلاقه فى نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة .

والثانى : لا يقع بها ، لأنه حال التعلق كأنه لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره ، كما لو قال : فى التعليق إن نطق فلان بمشيئته فهى طالق .

٥٨٩٨ (فصـــل)

فإن قيد المشيئة بوقت فقال : أنت طالق إن شئت اليوم ، تقيد به ، فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق ، وإن علقه على مشيئة اثنين [(٢)] لم يقع حتى توجد مشيئتهما . وخرج القاضى وجهاً أنه يقع بمشيئة

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : ليس شرطاً .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ على المشيئة باثنين وهو تحريف.

أحدهما ، كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وقد بينا فساد هذا ، فإن قال : أنت طالق إن شئت وشاء أبوك ، فقالت : قد شئت إن شاء أبى . فقال أبوها : قد شئت ، لم تطلق ، لأنها لم تشأ ، فإن المشيئة أمر خفى لا يصح تعليقها على شرط . وكذلك لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قد شئت إن شئت . فقال : قد شئت أو قالت : قد شئت إن طلعت الشمس ، لم يقع . نص عليه أحمد ، على معنى هذا ، وهو قول سائر أهل العلم ، منهم الشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شئت . فقالت : قد شئت إن شاء فلان . أنها قد ردت الأمر ، ولا يلزمها الطلاق . وإن شاء فلان . وذلك لأنه لم توجد منها مشيئة ، وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط ، وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة ، وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور ، والآخر على التراخى وقع الطلاق ، لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعا .

٥٨٩٩ (فصــــــل)

فإن قال : أنت طالق إلا أن تشائى ، أو يشاء زيد ، فقالت : قد شئت ، لم تطلق وإن أخَّرا ذلك طلقت ، وإن جُن من علق الطلاق بمشيئته طلقت فى الحال ، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد . وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالإشارة خرج فيه وجهان ، بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته .

٥٩٠٠ (فصــــــل)

فإن قال : أنت طالق واحدة إلا أن تشائى ثلاثا ، فلم تشأ ، أو شاءت أقل من ثلاث ، طلقت واحدة . وإن قالت : قد شئت ثلاثا ، فقال أبو بكر : تطلق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعى ، وأبى حنيفة : لا تطلق إذا شاءت ثلاثا ، لأن الاستثناء من الإثبات نفى فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشائى ثلاثا فلا تطلقى ، ولأنه لو لم يقل ثلاثاً لما طلقت بمشيئتها ثلاثاً ، فكذلك إذا قال : ثلاثاً ، لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة ، فيصير كما لو قال : أنت طالق إلا أن تكررى بمشيئتك ثلاثاً . وقال القاضى : فيها وجهان .

أحدهما : لا تطلق ، لما ذكرنا .

والثانى : تطلق ثلاثاً ، لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شاءتها ، كما لو قال له : على درهم إلا أن يقيم البينة بثالثة[1] ، وخذ درهماً إلا أن تريد أكثر منه ، ومنه قول النبى صلى الله

---

(١) الصواب « له على درهم إلا أن يقيم البينة بثلاثة » كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٣٧ (ف) .

عليه وسلم[١] : « البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » . أى : إن بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد تفرقهما .

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشائى واحدة ، فقالت : قد شئت واحدة . طلقت واحدة على قول أبى بكر ، وعلى قولهم : لا تطلق شيئاً .

٥٩٠١ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق لمشيئة فلان ، أو لرضاه ، أو له ، طلقت فى الحال ، لأن معناه : أنت طالق لكونه قد شاء ذلك ، أو رضيه ، أو ليرضى به ، كقوله : هو حر لوجه الله ، أو لرضى الله . فإن قال : أردت به الشرط دُيِّن . قال القاضى : يقبل فى الحكم ، لأنه محتمل . فإن ذلك يستعمل للشرط ، كقوله : أنت طالق للسُّنة ، وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعى .

٥٩٠٢ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق إن أحببت ، أو إن أردت ، أو إن كرهت ، احتمل أن لا يتعلق الطلاق بقولها بلسانها : قد أحببت ، أو أردت ، أو كرهت ، لأن هذه المعانى فى القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها ، فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما فى القلب من ذلك ، لكون اللسان دليلا عليه ، فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم يتلفظ[٢] . ولو قالت : أنا أحب ذلك ، ثم قالت : كنت كاذبة ، لم تطلق .

وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق ، فقالت : أنا أحب ذلك ، فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشىء وفيها احتمالان .

أحدهما : لا تطلق ، وهو قول أبى ثور ، لأن المحبة فى القلب ، ولا توجد من أحد محبة ذلك ، وخبرها بمحبتها له كذب معلوم ، فلم يصلح[٣] دليلا على ما فى قلبها .

والاحتمال الثانى : أنها تطلق ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأن ما فى القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها ، فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به ، كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة . ولا فرق بين قوله : إن كنت تحبين ذلك وبين قوله : إن كنت تحبينه بقلبك ، لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب .

---

(١) أخرج الشيخان عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ وإن لم ينطق به.

(٣) فى المخطوطة ٢٠ و٣٩ : فلم يصح .

٥٩٠٣ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق إن شاء الله تعالى طلقت . وكذلك إن قال عبدي حر إن شاء الله تعالى عتق . نص عليه أحمد في رواية جماعة . وقال : ليس هما من الأيمان . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، وقتادة ، والزهري ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، وأبو عبيد . وعن أحمد مايدل على أن الطلاق لا يقع ، وكذلك العتاق . وهو قول طاوس ، والحكم ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، لأنه علق على مشيئة لم يعلم وجودها ، فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين ، فقال إن شاء الله لم يحنث » . رواه الترمذي ، وقال حديث حسن .

ولنا ماروى أبو حمزة قال : سمعت ابن عباس يقول: « إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . فهي طالق » . رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبي بردة نحوه .

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء ، إلا في العتاق والطلاق . ذكره أبو الخطاب . وهذا نقل للإجماع . وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف ، فهو إجماع ، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق ، فلم يصح . كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، ولأنه استثناء حكمه في محل ، فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح . ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله ، كما لو قال : أبرأتك إن شاء الله ، أو تعليق على مالا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات . والحديث لاحجة لهم[1] فيه ، فإن الطلاق والعتاق إنشاء ، وليس بيمين حقيقة ، وإن سمى بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ، ثم إن الطلاق إنما سمى يميناً إذا كان معلقاً على شرط يمكن تركه وفعله ، ومجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ، ولا مجازاً ، فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم : علقه على مشيئة لا تعلم، قلنا : قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه. قال قتادة : قد شاء الله حين أذن أن يطلق . ولو سلمنا أنها لم تعلم ، لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه ، فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال .

٥٩٠٤ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله . فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : يقع الطلاق بدخول الدار ، ولا ينفعه الاستثناء ، لأن الطلاق والعتاق ليسا من الأيمان ، ولما ذكرناه في الفصل الأول .

والثانية : لا تطلق ، وهو قول أبي عبيد ، لأنه إذا علق الطلاق بشرط صار يميناً وحلفاً فصح الاستثناء

(١) على هامش ٢٠ ولا حجة لهم في الحديث . من نسخة أخرى .

فيه لعموم قوله عليه السلام[١] « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » وفارق ما إذا لم يعلقه ، فإنه ليس بيمين ، فلا يدخل فى العموم .

٥٩٠٥ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت ، ووافق أصحاب الشافعى على هـذا فى الصحيح من المذهب ، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم ، وإن قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو لم يشأ الله وقع أيضاً فى الحال ، لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال ، فلغت هذه الصفة ، ووقع الطلاق . ويحتمل ألا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال ، مثل قوله : أنت طالق إن جمعت بين الضدين ، أو شربت الماء الذى فى الـكوز ولا ماء فيه ، وإن قال : أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله . لم تطلق دخلت أو لم تدخل ، لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه ، وان لم تدخل علمنا أن الله لم يشأه ، لأنه لو شاءه لوجد ، فإن ماشاء الله كان . وكذلك إن قال : أنت طالق لا تدخلى الدار إن شاء الله ، لما ذكرنا ، وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فى المنجز . وإن لم تعـلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول . ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق .

٥٩٠٦ (فصـــل)

فإن علق الطلاق على مستحيل فقال : أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذى فى الـكوز ولا ماء فيه ، أو جمعت بين الضدين ، أو كان الواحد أكثر من اثنين ، أو على مايستحيل عادة ، كقوله : إن طرت أو صعدت إلى السماء ، أو قلبت الحجر ذهباً ، أو شربت هذا النهر كله ، أو حملت الجبل ، أو شاء الميت ، ففيه وجهان .

أحـدهما : يقع الطلاق فى الحال ، لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه فى الحال . وفى الثانى ، فـلم يصح كاستثناء الـكل ، كما لو قالت : أنت طالق طلقة لا تقـع عليك ، أو لا تنقص عدد طلاقك .

والثـانى : لا يقـع ، لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن ما يقصد تبعيده يعلق على المحال كقوله[٢] :

إذا شـــاب الغراب أتيت أهـلى وصار القـار[٣] كاللبن الحليب

---

(١) أخرجه الترمذى وابن ماجه عن ابن عمر (ف) .

(٢) البيت فى حياة الحيوان للدميرى ج ٢ ص ١٤٣ مع حكاية لطيفة فلتراجـع (ف) .

(٣) القار : الزفت .

أى : لا آتيهم أبداً . وقيل : إن علقه على ما يستحيل عقلا وقع فى الحال ، لأنه لا وجود له ، فلم تعلق به الصفة ، وبقى مجرد الطلاق فوقع . وإن علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع ، لأنه له وجود ، وقد وجد جنس ذلك معجزات الأنبياء عليهم السلام ، وكرامات الأولياء ، لجاز تعليق الطلاق به ، ولم يقع قبل وجوده .

فأما إن علق طلاقها على نفى فعل المستحيل ، فقال : أنت طالق إن لم تقتلى الميت ، أو تصعدى السماء ، طلقت فى الحال ، لأنه علقه على عدم ذلك[1] ، وعدمه معلوم فى الحال . وفى الثانى : فوقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق إن لم أبع عبدى ، فمات العبد . وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ، ولا ماء فيه ، أو لأقتلن الميت ، وقع الطلاق فى الحال لما ذكرناه . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا يقع طلاقه ، كما لو حلف ليصعدن السماء ، أو ليطيرن ، فإنه لا يحنث ، والصحيح أنه يحنث ، فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث . قال الله تعالى : « وَأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لاَ يَبْعَثُ اللهُ مَنْ يَمُوتُ — إلى قوله — وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّهُمْ كَانُوا كَاذِبِينَ[2] » ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى .

٥٩٠٧ (فصـــــل)

وإذا حلف لا شربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حنث وإن حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه فى إناء آخر وشرب وكان الإناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً ، وإن كان الشرب به ممكناً لم يحنث ، لأن الإناء الصغير آلة للشرب ، فتنصرف يمينه إلى الشرب به ، بخلاف النهر والإناء الكبير ، فإنه لا تنصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه .

ولو حلف لا يشرب من بَرَدَى[3] ، فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث ، وإن حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حنث . ذكر نحو ذلك القاضى ، لأن بردى اسم لمكان خاص ، فإذا تجاوزه إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى . وإذا كانت يمينه على مائه ، فماؤه ماؤه حيث كان ، وأين نقل ، ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة ، فأكله فى غيرها حنث . وإن اغترف من بردى باناء ونقله إلى مكان آخر ، فشربه حنث فى المسألتين جميعاً ، لأن اغترف الماء من بردى . ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات[4] . وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لأنه إذا عرّفه بلام التعريف انصرف ، إلى النهر المعروف ، وإذا نكّره

(١) فى المخطوطة ٢٠ : على عدم الفعل . (٢) سورة النحل آيه ٣٨ ، ٣٩ .
(٣) بردى بفتحات نهر دمشق الأعظم (ف) . (٤) فى المخطوطة ٢٠ وهامش ١٨ : بنهر الفرات

صار للعموم ، فيتناول كل مايسمى فراتا ، وكل عذب فرات ، قال الله تعالى : «وَأَسْقَيْنَاكُمْ مَاءً فُرَاتًا[1]» وقال « وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ [سائغ شرابه] وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ »[2] ، ومتى نوى بيمينه المحتمل الآخر انصرف إليه ، ويقبل منه ذلك ، لأنه قرب لا تبعد إرادته .

٥٩٠٨ (فصـــــل)

ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه في المسجد ، ففعل ذلك في المسجد والمحلوف عليه في غيره حنث . وإن فعله في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد لم يحنث . ولو حلف لا يضربه ولا يشجه ولا يقتله في المسجد ، ففعله والحالف في المسجد والمحلوف عليه في غيره لم يحنث . وان كان الحالف في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد حنث ، لأن الشتم والكلام قول يستقل به القائل ، فلا يعتبر فيه حضور المشتوم ، فيوجد من الشاتم في المسجد وان لم يكن المشتوم فيه ، والكلام قول فهو كالشتم ، وسائر الأفعال المذكورة فعل متعدّ محله المضروب والمقتول والمشجوج ، فإذا كان محله في غير المسجد كان الفعل في غيره ، فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتلنه يوم الجمعة ، فجرحه يوم الخميس ، ومات يوم الجمعة ، فقال القاضي : لا يحنث . وإن جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت ، فقال : يحنث ، لأنه لا يكون مقتولا حتى يموت ، فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه . ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين ، فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته ، لأن القتل فعل القاتل ولهذا يصح الأمر به والنهي عنه . قال الله تعالى : « فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ[3] » « وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ »[4] . والأمر والنهي إنما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه ، وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه . أما الزهوق ففعل الله ، لا يؤمر به ولا ينهى عنه ، ولا سبيل للآدمي إلا إلى تعاطي سببه د وهو شرط في القتل ، فإذا وجد تبينا أن الفعل المفضي إليه كان قتلا ، ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح ، وقبل الزهوق . ولو حلف لأقتلنه فمات من جرح كان جرحه لم يبرّ ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضاً . ويحتمل ألا يبرّ حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة ، لأن القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه ، فأما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد .

٥٩٠٩ (فصـــل)

إذا قال : من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق ، فبشرته إحداهن وهي صادقة طلقت ، وإن كانت كاذبة لم

---

(١) سورة المرسلات آية ٢٧

(٢) سقط من النسخ المطبوعة [سائغ شرابه] وهي في سورة فاطر آية ١٢ (ف) .

(٣) في النسخ المطبوعة (اقتلوا) والصواب (فاقتلوا) بالفاء كما في سورة التوبة آية ٥ (ف)

(٤) سورة الانعام آية ١٥١

تطالق، لأن التبشير خبر صدق يحصل به مايغير البَشَرة من سرور أو غم . وإن أخبرته به أخرى لم تطالق ، لأن السرور إنما يحصل بالخبر الأول ، فإن كانت الأولى كاذبه والثانية صادقه طلقت الثانية ، لأن السرور إنما يحصل بخبرها ، فكان هو لبشاره . وإن بشره بذلك اثنتان أو ثلاث ، أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن ، لأن «من» تقع على الواحد فما زاد ، قال الله تعالى « فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ . وَمَنْ يعمل مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يرَهُ[1] » . وقال «وَمَنْ يَقْنُتْ مِنكُنَّ للهِ وَرَسُولِهِ وَتَعْمَلْ صَالِحاً نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ[2]» ولو قال : من أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق ، فقال القاضي : هي كالبشارة ، لا تطلق إلا المخبرة الأولى الصادقة دون غيرها ، لأن مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ، ولا يحصل ذلك بكذب ، ولا بغير الأول .

ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لأن الخبر يكون صدقا كذباً ، أولا ومكرراً ، وهو اختيار أبي الخطاب والأول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل .

٥٩١٠ (فصـــــــل)

وإن قال : أول من تقوم منكن فهي طالق ، أو قال لعبيده :أول من قام منكم فهو حر ، فقام الكل دفعه واحدة لم يقع طلاق ولاعتق ، لأنه لاأول فيهم . وإن قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين . أحدهما يقع : الطلاق والعتق ، لأن الأول مالم يسبقه شيء ، وهذا كذلك .

والثاني : لا يقع طلاق ولاعتق ، لأن الأول ما كان بعده شيء ، ولم يوجد . فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده ، فتنحل يمينه وإن قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة ، وقام بعدهم آخر ، وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قاموا في الأول ، لأن الأول يقع على الكثير والقليل ، قال الله تعالى : « وَلاَ تَكُونُوا أَوَّلَ كَافِرٍ بِهِ[3] » .

وحكى عن القاضي فيمن قال . أول من يدخل من عبيدى فهو حر ، فدخل اثنان دفعة واحـدة ، ثم دخل بعدهما ثالث[4] لم يعتق واحد منهم ، وهذا بعيد ، فإنهم قد دخل بعضهم بعد بعض ، ولا أول فيهم ، وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال : أول من يدخل منكم وحده ، ولم يدخل بعد الثالث أحـد ، فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث ، لكونه أول من دخل ، وحده ، وإذا لم يقل : وحـده ، فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا . وقال النبي صلى الله عليـه وسلم[5] « أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين » .

---

(١) سورة الزلزلة آية ٧و٨ (٢) سورة الأحزاب آية ٣١
(٣) سورة البقرة آية ٤١ (٤) في المخطوطة ٢٠ : ٣٩ آخر.
(٥) بمعناه حديث رواه الترمذى عن عطية بن أبي سعيد قال:قال رسول الله صلى الله عليه: فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم بخمسمائة سنة « ج ٩ ص٩١٩ بشرح ابن العربى .

ولو قال: آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق، فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته، أو موتهن، أو غير ذلك، فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق.

٥٩١١ (فصـــــل)

وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام، وأراد به شيئاً خاصاً، مثل أن حلف أن لا يغتسل الليلة، وأراد الجنابة أو لا قربت لى فراشاً، وأراد ترك جماعها أو قال: إن تزوجت فعبدى حر، وأراد امرأة معينة، أو قال: إن دخل إلى رجل أو قال: أحد فامرأتى طالق، وأراد رجلا بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر، أو لا يدخل داراً يريد دار فلان، أو قال إن خرجت فأنت طالق، يريد الخروج إلى الحمام، أو قال: إن مشيت وأراد استطلاق البطن: فإن ذلك يسمى مشياً، قال النبي صلى الله عليه وسلم. لامرأته[1] «ثم تستمشين» ويقال شربت مشياً ومشوا، إذا شرب دواء يمشيه، فإن يمينه فى ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يقبل فى الحكم يخرج على روايتين.

قال أحمد فى الظهار فيمن قال لامرأته: إن قربت لى فراشاً[2] فأنت على كظهر أمى، فجاءت فقامت على فراشه، فقال: أردت الجماع لا يلزمه شيء وقال الشافعي ومحمد ابن الحسن: لا يقبل قوله فى الحكم فى هذا كله، لأنه خلاف الظاهر.

ولنا: أنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل، كما لو قال: أنت طالق أنت طالق، وقال أردت بالثانية التوكيد

٥٩١٢ ﴿ مســـــألة ﴾

وإن حلف يميناً عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها، ويقبل قوله فى الحكم، لأن السبب دليل على صدقه، وإن لم ينو شيئاً. فقد روى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب، وذكره الخرقى فقال: فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجها، فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب، وهذا قول أصحاب أبى حنيفه.

وروى عن أحمد مايدل على أن يمينه تحمل على العموم، فإنه قال فيمن قال: لله على أن لا أصيد فى هذا النهر لظلم رآه، فتغيرحا له، فقال النذر يوفى به، وذلك لأن اللفظ دليل الحكم: فيجب الاعتبار به فى الخصوص والعموم، كما فى لفظ الشارع.

---

(١) عن أسماء بنت عميس قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم. بماذا كنت تستمشين؟ قالت بالشبرم.. أخرجه ابن ماجه والترمذى ومعنى بم تستمشين؟ بم تسهلين بطنك؟(ف)

(٢) فى المخطوطة: ٢٠ فراشى.

ووجه الأول : أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها ، لدلالته عليها، فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع ، فإنه يريد بيان الأحكام ، فلا يختص بمحل السبب ، لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم فى غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق ، فرجعت ثم خرجت بعد ذلك ، أو دعاه إنسان إلى غدائه فقال : امرأتى طالق إن تغديت ، ثم رجع فتغدى فى منزله لم يحنث على الأول ، ويحنث على الثانى ، وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه ، أو حلف بذلك على امرأته ، أو مملوكه ، فعزل العامل ، وطلق المرأة ، أو حلف على وكيل فعزله خرج فى ذلك كله وجهان .

٥٩١٣ (فصــــل)

وإن قال : إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق ، فدخلها هو ، أو قال لإنسان : إن دخل دارك أحد فعبدى حر ، فدخلها صاحبها ، فقال القاضى : لا يحنث ، لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ، ويمنع من سواه ، فيخرج هو من العموم بالقرينة ، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما فى التى قبلها .

٥٩١٤ (فصــــل)

وإذا قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق ، انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن : يمينه على الوطء بالقدم ، لأنه الحقيقة ، وحكى عنه أنه إن قال : أردت به الجماع ، لم يقبل فى الحكم .

ولنا : أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع . ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع ، فى مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم[١] «لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة». فيجب حمله عند الإطلاق عليه كسائر الأسماء العرفية ، من الظعينة ، والراوية ، وأشباههما . ولا يحنث حتى تغيب الحشفة فى الفرج . وإن حلف ليجامعها أو لا يجامعها أو لا يجامعها انصرف إلى الوطء فى الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وإن أنزل ، لأن مبنى الأيمان على العرف ، والعرف ماقلناه .

وإن حلف لا افتضضتك ، فافتضها بإصبع لم يحنث ، لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر . وإن حلف على امرأة لا يملكها ألا ينكحها فيمينه على العقد ، لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه، وإن كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين . فهو على وطئها ، لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها ، لكونها معقوداً عليها .

---

(١) سبق تخريجه قريباً (ف)

٥٩١٥ (فصـــل)

وإن قال : إن أمرتك فخالفتني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته . فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي لأنها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب : يحنث إذا قصد ألا تخالفه ، أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي ، لأنه إذا كان كذلك فإنما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال ، لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده ، والنهي عنه أمر بضده ، فقد خالفت أمره . وإن قال لها : إن نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق ، فقالت له : لا تعطها من مالي شيئاً ، لم يحنث ، لأن إعطاءها من مالها لا يجوز ، ولا يجوز النفع به ، فيكون هذا النفع محرماً ، فلا يتناوله يمينه . ويحتمل أن يحنث ، لأنه نفع ، ولفظه عام ، فيدخل المحرم فيه .

٥٩١٦ (فصـــل)

فإن قال لامرأته : إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت ، سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل . وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره ، فقياس المذهب : أنه يحنث . لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام ، فكيفما صارت إليه حنث ، كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل ألا يحنث . وهو قول الشافعي ، لأنها لم تفعل ما حلف عليه ، ويتناوله لفظه ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره وجمعتهما في القصد ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث ، لأنها خرجت إلى غير الحمام ، وانضم إليه غيره ، فحنث بما حلف عليه ، كما لو حلف لا يكلم زيداً وعمراً .

الثاني : لا يحنث ، لأنها ماخرجت إلى غير الحمام ، بل الخروج مشترك ، ونقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، أنه سئل : إذا حلف بالطلاق ألا يخرج من بغداد إلا لنزهة ، فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة . فقال : النزهة لا تكون الى مكة ، فظاهر هذا أنه أحنثه ، ووجهه ما تقدم . وقال في رجل حلف بالطلاق ألا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته ، فقالت امرأته : اذهب حيث شئت : فقال : لا ، حتى تقول إلى أرمينية . والصحيح أنه متى أذنت له اذناً عاماً لم يحنث . قال القاضي : وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة : ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذنا منها ، وله الخروج وإن كان بلفظ عام .

٥٩١٧ (فصـــل)

فإن حلف ليرحلن من هذه الدار ، أو ليخرجن من هذه المدينة ، ففعل ثم عاد إليها ، لم يحنث ، إلا أن تكون نيته أوسبب يمينه يقتضي عدم الرجوع إليها ، لأن الحالف على الخروج والرحيل ، وقد فعلهما. وقد نقل عنه إسماعيل بن سعيد : إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد ، فخرج ثم رجع ، قد مضت

يمينه[1] ، لا شيء عليه . ونقل عنه مثنى بن جامع فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن لم نرحل من هـذه الدار إن لم يدركه الموت ، ولم ينو شيئاً : هي إلى أن يموت ، فإن رحل لم يرجع . ومعنى هذا أنه إن أدركه الموت قبل إمكان الرحيل لم يحنث ، وإن أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما . فيقع بهـا الطلاق فى آخر أوقات الإمكان ، وأما قوله : إن رحل لم يرجع ، فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضى هجران الدار على الدوام . ونقل مهنا فى رجل قال لامرأته : إن وهبت كذا فأنت طالق ، فإذا هى قد وهبت . قال : أخاف أن يكون قد حنث . قال القاضى : هذا محمول على أنه قال : إن كنت وهبته ، وإلا فلا يحنث حتى تبتدى هِبَته ، لأن اليمين تقتضى فعلا مستقبلا يحنث به ، وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه .

ونقل عنه أيضاً فى رجل قال لامرأته : إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق ، فهو على نيته ، إن أراد ألا تدخلها حنث ، وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل ، وهو كما قال ، فإن مبنى اليمين على النيات ، سيما والرؤية تطلق على العلم ، كقول الله تعالى : « أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادٍ »[2] ونحوه ، ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرده لم يحنث حتى يراها تدخل الدار ، لأنه الذى تناوله لفظه . ونقل عنه المروذى[3] فى رجل أقرض رجلا دراهم ، فخاف ألا يقبلها ، وكان الرجل ميتاً : تعطى الورثة يعنى إذا مات الحالف يوفى الورثة ، ولا يبرأ بيمينه ، لأنها ليست إبراء ، فلا يسقط الحق بهـا .

٥٩١٨ (فصـل)

ولو قال : امرأتى طالق إن كنت أملك إلا مائة ، وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث ، فإن نوى أنى لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها ، وإن قال : إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتى طالق ، وكان يملك أقل من المائة لم يحنث ، لأنه صادق .

٥٩١٩ (فصـــل)

فإن قال لامرأته : يا طالق ، أنت طالق إن دخلت الدار ، طلقت واحـدة بقوله يا طالق ، وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن دخلت الدار . فإن كانت له نية رجع إليها ، وإلا وقعت واحدة بالنـداء . وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار . وكذا لو قال : أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار . وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف . وقال محمد بن الحسن : يرجع الشرط إليهما فى المسألتين ، فلا يقع بها فى الحال شيء . والأولى أن يرجع الشرط إلى الخبر الذى يصح فيه التصديق

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : فقد بر فى يمينه .   (٢) سورة الفجر آية ٦

والتكذيب ، وجرت العادة بتعليقه بالشرط ، بخلاف النداء والقذف الذى لا يوجد ذلك فيه .

٥٩٢٠ (فصل)

فإن قال لامرأته : أنت طالق مريضة بالنصب ، أو الرفع ، ونوى به وصفها بالمرض فى الحال ، طلقت فى الحال . وإن نوى به أنت طالق فى حال مرضك ، لم تطلق حتى تمرض . لأن هذا حال ، والحال مفعول فيه كالظرف . ويكون الرفع لحناً ، لأن الحال منصوب . وإن أطلق ونصب انصرف إلى الحال ، لأن مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفاً لمعرفة فيكون حالا . وإن رُفِع فالأولى وقوع الطلاق فى الحال ويكون ذلك وصفاً لطالق الذى هو خبر المبتدأ ، وإن أسكن احتمل وجهين :

أحدهما : وقوع الطلاق فى الحال ، لأن قوله : أنت طالق ، يقتضى وقوع الطلاق فى الحال ، فقد تيقنا وجود المقتضى ، وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك .

والثانى : لا يقع إلا فى حال مرضها ، لأن ذكره للمرض فى سياق الطلاق يدل على تعليقه به ، وتأثيره فيه ، ولا يؤثر فيه إلا اذا كان حالا .

٥٩٢١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذاقال : أنت طالق إذا قدم فلان ، فقُدِم به ميتا أو مُكْرَهاً لم تطلق ﴾

أما إذا قدم ميتاً أو مكرهاً محمولا فلا تطلق ، لأنه لم يقدم ، إنما قُدِمَ به ، وهذا قول الشافعى . ونقل عن أبى بكر : أنه يحنث ، لأن الفعل ينسب إليه ، ولذلك يقال : دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ، ولوقال : أنت طالق إذا دخل الطعام البلد ، طلقت إذا حُمِل إليه .

ولنا : أن الفعل ليس منه ، والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً[1] ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن . وأما الطعام فلا يمكن وجوده الفعل منه حقيقة ، فتعين حمل الدخول فيه على مجازه ، وأما إن قدم بنفسه لإكراه فعلى قول الخرقى لا يحنث ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال أبو بكر : يحنث ، وحكاه عن أحمد ، لأن الفعل منه حقيقة ، وينسب إليه قال الله تعالى : « وَسِيقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى جَهَنَّمَ زُمَراً حَتَّى إِذَا جَاءُوهَا[2] ».ويصح أمر المكره بالفعل . قال الله تعالى : « أُدْخُلُوا أَبْوَابَ جَهَنَّمَ »[3] . ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره .

ووجه الأول : أنه بالإكراه زال اختياره ، فإذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرهاً ، وهذا فيما إذا أطلق . وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ، وتقيد بها .

(١) هامش ١٨ : على المجاز : من نسخة أخرى . (٢) سورة الزمر آية ٧١ .
(٣) سورة الزمر : آية ٧٢ .

٥٩٢٢ (فصـــــل)

وإن قدم مختاراً حنث الحالف ، سواء علم القادم باليمين أوجهلها . قال أبو بكر الخلال : يقـع الطلاق قولا واحداً . وقال أبو عبـد الله بن حامد : إن كان القادم ممن لا يمتنـع من القـدوم بيمينه كالسلطان ، والحاج ، والرجل الأجنبي ، حنث الحالف ، ولا يعتبر علمه ولا جهله . وان كان ممن يمتنع باليمين من القدوم، كقرابة لهما أو لأحدهما ، فجهل اليمين أو نسيها ، فالحـكم فيه كما لو حلف على فعـــل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلا . وفى ذلك روايتان ، كذلك ههنا . وذلك لأنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق على صفة ، ولم يكن يميناً ، فأشبه مالو علقه على طلوع الشمس . وإن كان ممن يمتنع كان يمينا ، فيعذر فيها بالنسيان والجهل . وينبغى أن تعتبر على هذا القول نية الحالف ، وقرائن أحواله الدالة على قصـده . فإن كان قصده بيمينه منع القـادم من القـدوم كان يميناً ، وإن كان قصـده جعْله صـفة فى طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ، ويستوى فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته ، مثـل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ، ولا يطلقها وحدها ، وتعتبر قرائن الأحوال . فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ، ولا يمتنع بها ، أو على فعل صغير أو مجنون ، أو من لا يمتنع بها ، لم تـكن يمينا ، وإن علـق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنـع لأجلها عن فعل ما علق الطلاق عليه كان يمينا . ومتى أشـكلت الحـال فينبغى أن يقع الطلاق ، لأن لفظه يقتضى وقوع الطلاق عنـــد وجود هذه الصفة على العموم ، وإنما ينصرف عن ذلك بدليل ، فمتى شـكنا فى الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم .

٥٩٢٣ (فصـــــل)

فإذا قال : إن تركت هـذا الصبى يخرج فأنت طالق ، فانفلت [منها] الصبى بغير اختيارها فخرج ، فإذا كان نوى ألا يخرج فقد حنث ، وإن نوى أن لاتدعه لم يحنث . نص أحمد على معنى هذا . وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقـد فعل الخروج عن اختيار منها ، فـكانت كالمـكره إذ لم يمـكنها حفظه ومنعه . وإن نوى فعله فقد وجد وحنث ، وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها ، لأنه الذى تناوله لفظه ، فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها فى حفظه أو اختيارها .

٥٩٢٤ (فصـــــل)

فإن حلف لاتأخذ حقك منى ، فأكره على دفعه إليه ، وأخـذه منه قهراً حنث ، لأن المحلوف عليه فعل الأخذ ، وقد أخذه مختاراً ، وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم . وإن وضعه الحالف فى حجره أو بين يديه ، أو إلى جنبه ، فلم يأخذه لم يحنث ، لأن الأخذ ماوجد . وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه ، فقال القاضى : لا يحنث ،

وهو مذهب الشافعي ، لأنه ما أخذه منه . وإن قال : لاتأخذ حقك عليّ حنث ، لأنه قد أخذ حقه الذى عليه ، والمنصوص عن أحمد أنه يحنث فى الصورتين ، قاله أبوبكر وهو الذى يقتضيه مذهبه ، لأن الأيمان عنده على الأسباب لا على الأسماء ، ولأنه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذا لحقه منه عرفا ، ويسمى آخذاً . قال الله تعالى : « وَأَخَذْنَا مِنْهُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا »[1] وقال : « وَلَقَدْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا »[2] .

وإن كانت اليمين من صاحب الحق ، فحلف لا أخذت حقى منك ، فالتفريع فيها كالتى قبلها . فإن تركها الغريم فى أثناء متاع فى خرج ، ثم دفع الخرج إلى الحالف ، فأخذه ولم يعلم أنها فيه ، لم يحنث ، لأن هذا ليس بمعدود أخذا ، ولا يبرأ به الغريم منها ، فإن كانت اليمين : لا أعطيتك حقك ، فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه إلى الغريم لم يحنث . وإن أكرهه على دفعه إليه فدفعه خرج على الوجهين فى المكره . وإن أعطاه باختياره حنث . وإن وضعه فى حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث ، لأنه أعطاه . وإن دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره ، فدفعه إلى الغريم حنث . وقال القاضى لا يحنث ، وقياس المذهب : أنه يحنث ، لأنه أوصله إليه مختاراً ، فأشبه ما لو دفعه إلى وكيله ، فأعطاه إياه ، ولأن الأيمان على الأسباب لا على الأسماء ، على ما ذكرناه فيما مضى .

٥٩٢٥ (فصـــل)

فإن قال : إن رأيتِ أباكِ فأنت طالق ، فرأته ميتاً ، أو نائماً ، أو مغمى عليه ، أو رأته من خلف زجاج ، أو جسم شفاف ، طلقت ، لأنها رأته . وإن رأت خياله فى ماء أو مرآة أوصورته على حائط أوغيره لم تطلق ، لأنها لم تره ، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين .

٥٩٢٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لمدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى ، فتلزمه واحدة . وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ، ولم يلزمها ما بعدها ، لأنه ابتداء كلام ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق مرتين ، ونوى بالثانية إيقاع طلقه ثانيــة ، وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وإن نوى بها إفهامها : أن الأولى قد وقعت بها ، أو التأكيد ، لم تطلق إلا واحدة ، وإن لم تكن له نية وقع طلقتان ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، وهو الصحيح من قولى

---

(١) سورة المائدة : آية ١٢ . (٢) سورة النساء : آية ١٥٤ .

الشافعى . وقال فى الآخر : تطلق واحدة ، لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ، ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلقة بالشك .

ولنا : أن هذا اللفظ للإيقاع ، ويقتضى الوقوع بدليل مالو لم يتقدمه مثله ، وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام ، فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه ، كما يجب العمل بالعموم فى العام إذا لم يوجد المخصص ، وبالإطلاق فى المطلق إذا لم يوجد للمقيد .

فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلقة واحدة ، سواء نوى الإيقاع أو غيره ، وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا ، وهذا قول أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ، وعكرمة ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، والحكم ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبى عبيد ، وابن المنذر[1] وذكره الحكم ، عن على ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود . وقال مالك والأوزاعى ، والليث ، يقع بها تطليقتان . وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا ، لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل ، أشبه قوله : أنت طالق ثلاثا .

ولنا : أنه طلاق مفرق فى غير المدخول بها ، فلم تقع الأولى كما لوفرق كلامه ، ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة ، لأنه لاعدة عليها ، فتصادفها الطلقة الثانية بائنا ، فلم يمكن وقوع الطلاق بها ، لأنهاغير زوجة ، وإنما تطلق الزوجة ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا نعلم لهم مخالفا فى عصرهم . فيكون إجماعا .

٥٩٢٧ (فصــل)

فإن قال : أنت طالق ثم مضى زمن طويل، ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ، ولم يقبل قوله : نويت التوكيد لأن التوكيد تابع للكلام ، فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل .

٥٩٢٨ (فصــل)

وكل طلاق يترتب فى الوقوع ، ويأتى بعضه بعد بعض ، لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ، ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله : أنت طالق فطالق ، أو : أنت طالق ثم طالق ثم طالق . أو : أنت طالق ثم طالق وطالق . أو : فطالق ، وأشباه ذلك لأن هذه حروف تقتضى الترتيب ، فتقع بها الأولى فَتَبُيِنها ، فتأتى الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة ، فلا تقع بها . وأما المدخول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع ، وكذلك الثالثة ، وكذلك لو قال : أنت طالق بل طالق وطالق ، وذكره أبو الخطاب .

ولو قال : أنت طالق طلقة قبل طلقة ، أو بعد طلقة ، أو بعدها طلقة ، أو طلقة فطلقة ، أو طلقة ثم طلقة ، وقع بغير المدخول بها طلقتان ، لماذكرنا من أن هذا يقتضى طلقة بعد طلقة .

---

(١) حدث تقديم وتأخير فى الأسماء فى ١٨ .

٥٩٢٩ (فصــــل)

وإن قال : أنت طالق طلقـــــة قبلها طلقة ، فكذلك . وذكره القاضي . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : لا يقع بغير المدخول بها شيء ، بناء على قولهم في المسألة السريجية ، وقال أبو بكر : يقع طلقتان ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة ، فوقعت معها ، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه ، لكونه زمنا ماضيا ، وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه ، وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها ، لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه ، وهو زمن قريب ، فلا يؤخر إلى البعيد ، مع إمكان القريب .

ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض ، فلم يقع بغير المدخول بها جميعه ، كما لو قال : طلقة بعد طلقة . ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما ، كما لو قال : طلقة بعد طلقة ، أو قال : أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ، ولو قال : جاء زيد بعد عمرو ، أو جاء زيد وقبله عمرو ، أو أعط زيداً بعد عمرو ، كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده ، وليس هذا طلاقا في زمن ماض ، وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه ، ولو قدر أن إحداهما مُوقَعة في زمن ماض لا متنع وقوعها وحدها ، ووقعت الأخرى وحدها ، وهذا تعليل القاضي ، لكونه لا يقع إلا واحدة ، والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى .

٥٩٣٠ (فصــــل)

فإن قال : أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان ، وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف : يقع طلقة لأن الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء .

ولنا : أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معاً ، فوقعن كلهن ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا . ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة ، فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به ، إذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ، ولا صح وصفه بالثلاث ، ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال : إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ، ثم قال : أنت طالق ، فإنها تطلق طلقتين ، لما ذكرنا .

٥٩٣١ (فصــــل)

فإن قال : أنت طالق طلقة بعدها طلقة ، ثم قال : أردت أني أوقع بعدها طلقة دين . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين . وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، وقال أردت أني طلقتها قبل هذا في

نكاح آخر ، أو أن زوجا قبلى طلقها ، دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على ثلاثة أوجه. أحدها : يقبل. والآخر لا يقبل والثالث يقبل إن كان وجد ، وإن لم يكن وجد لم يقبل ، والصحيح أنه إذا لم يكن وجد لا يقبل ، لأنه لا يحتمل ماقاله .

٥٩٣٢ (فصــل)

فإن قال : أنت طالق طالق طالق ، وقال : أردت التوكيد قُبل منه ، لأن الكلام يكرر للتوكيد ، كقوله عليه السلام : « فنكاحها باطل باطل باطل » . وإن قصد الإيقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا . وإن لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة ، لأنه لم يأت بينهما بحرف يقتضى المغايرة ، فلا يكنَّ متغايرات ، وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق ، وقال : أردت بالثانية التأكيد لم يقبل ، لأنه غاير بينها وبين الأولى بحرف يقتضى العطف والمغايرة ، وهذا يمنع التأكيد ، وأما الثانية فهى كالثانية فى لفظها ، فإن قال : أردت بها التوكيد دين . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

إحداهما : يقبل ، وهى مذهب الشافعى ، لأنه كرر لفظ الطلاق مثل الأول ، فقبل تفسيره بالتأكيد ، كما لو قال : أنت طالق أنت طالق .

والثانية : لا يقبل ، لأن حرف العطف للمغايرة ، فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل فى الثانية .

ولو قال : أنت طالق فطالق فطالق ، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، فالحكم فيها كالتى عطفها بالواو . وإن غاير بين الحروف فقال : أنت طالق وطالق ، ثم طالق ، أو طالق ثم طالق وطالق . أو طالق وطالق فطالق . ونحو ذلك لم يقبل فى شىء منها إرادة التوكيد ، لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها ، مخالفة لها فى لفظها ، والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته .

٥٩٣٣ (فصــل)

ولو قال : أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة . وقال : أردت التوكيد بالثانية والثالثة قُبِلَ ، لأنه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الألفاظ ، بل أعاد اللفظة بمعناها ، ومثل هــذا يعاد توكيداً ، وإن قال : أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة ، وقال : أردت التوكيد احتمل أن يقبــل منه ، لأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً ، كقوله :

* فألفى قولها كذباً ومينا *

ويحتمل ألا يقبل لأن الواو تقتضى المغايرة فأشبه ما لو كان بلفظ واحد .

٥٩٤٣ ﴿ مســألة ﴾

وإذا قال ﴿ لغير مدخول بها ، أنت طالق وطالق وطالق ، لزمه الثلاث ، لأنه نسق ، وهو مثل قوله : أنت طالق ثلاثاً ﴾

وبهذا قال مالك ، والأوزاعى ، والليث ، وربيعة ، وابن أبى ليلى ، وحكى عن الشافعى فى القديم مايدل عليه . وقال الثورى : وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شىء آخر كما لو فرقها .

ولنا : أن الواو تقتضى الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً ، أو طالقة معها طلقتان ، ويفارق ما إذا فرقها ، فإنها لا تقع جميعاً ، وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضى الترتيب ، فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه ، وههنا لا تقع الأولى حين نطقه بها ، حتى يتم كلامه ، بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ، ولم يقع الأول مطلقاً . ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شىء من ذلك . وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذى اقتضاه لفظه . ولفظه يقتضى وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات ، وهو معنى قول الخرقى : لأنه نسق ، أى غير مفترق .

فإن قيل : إنما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء ، لأنه مغير له والعطف لا يغير ، فلا يقف عليه ، ونتبين أنه وقع أول ما لفظ به ، ولذلك لو قال لها : أنت طالق أنت طالق ، لم يقع إلا واحدة . قلنا : ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير ، إما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط ، وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء ، وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد ، وأشباه هذا ، فيجب أن يكون واقعاً ، ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال ، لأنه لو قال لها : أنت طالق ثلاثاً فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثاً ، لم يمكن أن يقع بها شىء آخر .

وأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق ، فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما بالأخرى ، ولو تعقب إحداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى ، ولا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى ، والمعطوف مع المعطوف عليه شىء واحد لو تعقبه شرط لعاد الى الجميع ، ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها .

٥٩٣٥ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق طلقتين ونصفاً فهى عندنا كالتى قبلها ، يقع الثلاث ، وقال مخالفونا يقع طلقتان . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وكرر ذلك ثلاثاً ، فدخلت طلقت ثلاثاً فى قول الجميع ، لأن الصفة وجدت ، فاقتضى [ذلك] وقوع الثلاث دفعة واحدة . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق ، فدخلت الدار طلقت ثلاثاً . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وأصحاب الشافعى فى أحد

الوجهين . وقال أبو حنيفة : يقع واحدة ، لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه فى تلك الحال على صفته ، ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة .

ولنا : أنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات[1] فوقع الثلاث كالتى قبلها ، وإن قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان ، فدخلت ، طلقت ثلاثاً ، وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعى ولم يحك عنهم فيه خلافا .

٥٩٣٦ (فصـــــل)

وإن قال لغير مدخول بها : أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ، ولم يقع غيرها . وبهذا قال الشافعى ، وذهب القاضى إلى أنها تطلق فى الحال واحدة تبين بها وهو قول أبى حنيفة فى الصورة الأولى ، لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها ، لأنها للمهلة ، فتكون الأولى موقعة والثانية معلقة بالشرط ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث ، لأن دخول الدار شرط الثلاث فوقعت كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق .

ولنا : أن « ثم » للعطف ، وفيها ترتيب ، فتعلقت التطليقات كلها بالدخول ، لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ، ويجب الترتيب فيها ، كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفى هذا انفصال عما ذكروه ، ولأن الأولى تلى الشرط فلم يجز وقوعها بدونه ، كما لو لم يعطف عليها ، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء ، فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره ، ولأنه لو قال : إن دخل زيد دارى فأعطه درهماً لم يجز أن يعطيه قبل دخوله ، فكذا ههنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد فى اللغة ، ولا أصل فى الشرع .

٥٩٣٧ (فصـــل)

وإن قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شىء حتى تدخل الدار . فتقع بها الثلاث . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وذهب القاضى إلى وقوع طلقتين فى الحال ، وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد ، فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ، ويعلق به ما يبعد عنه دون ما يليه ، ويجعل جزاء مالم توجد فيه الفاء التى يجازى بها دون ما وجدت فيه « تحكما لا يعرف عليه دليل ، ولا نعلم له نظيراً ، وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا فى قولهم جميعا .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ غير مرتبة .

٥٩٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق ثلاثاً وهو ينوى واحدة فهى ثلاث ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً فهى ثلاث ، وإن نوى واحدة ، لا نعلم فيه خلافا ، لأن اللفظ صريح فى الثلاث والنية لا تعارض الصريح ، لأنها أضعف من اللفظ ، ولذلك لا تعمل بمجردها ، والصريح قوى يعمل بمجرده من غير نية ، فلا يعارض القوى بالضعيف ، كما لا يعارض النص بالقياس ، ولأن النية إنما تعمل فى صرف اللفظ إلى بعض محتملاته ، والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله ، فلا يصح كما لو قال له ، على ثلاثة دراهم ، وقال أردت واحداً

٥٩٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن طلق واحدة وهو ينوى ثلاثا فهى واحدة ﴾

أما إذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة ، لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها ، فإذا نوى ثلاثاً فقد نوى مالا يحتمله لفظه ، فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ، ومجرد النية لا يقع بها[1] طلاق . وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : يقع ثلاث[2] لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان : وهذا فاسد فإن قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ، ولا يحتمله ، فنيته فيه نية مجردة ، فلا تعمل ، كما لو نوى الطلاق من غير لفظ ، وأما إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهذا فيه روايتان .

إحداهما : لا يقع إلا واحدة ، وهو قول الحسن ، وعمرو[3] بن دينار ، والثورى والأوزاعى ، وأصحاب الرأى ، لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة ، فلم تقع به الثلاث كما لو قال : أنت طالق واحدة ، بيانه أن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هى عليها ، فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر .

والرواية الثانية : إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وابن المنذر ، لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً ، فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنايات ، ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ، ولأن قوله طالق اسم فاعل ، واسم الفاعل يقتضى المصدر كما يقتضيه الفعل ، والمصدر يقع على القليل والكثير وفارق قوله : أنت حائض وطاهر ، لأن الحيض والطهر لا يمكن تمدده فى حقها ، والطلاق يمكن تمدده .

٥٩٤٠ (فصل)

فإن قال : أنت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع ، لأنه صرح بالمصدر ، والمصدر يقع على القليل والكثير ،

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ و٣٩ : به (٢) فى المخطوطة ٢٠ ثلاثا (٣) فى المخطوطة ٢٠ عمر . خطأ .

فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، وإن نوى واحدة فهى واحدة ، وإن أطلق فهى واحدة لأنه اليقين ، وإن قال : أنت طالق الطلاق وقع ما نواه ، وإن لم ينو شيئا فحكى فيها القاضى روايتين .

إحداها : يقع الثلاث ، نص عليها أحمد فى رواية مهنا ، لأن الألف واللام للاستغراق ، فيقتضى استغراق الكل ، وهو ثلاث .

والثانية : أنها واحدة ، لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذى أوقعته ، ولأن اللام فى أسماء الأجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً ، كقوله : ومن أكره على الطلاق — وإذا عقل الصبى الطلاق — واغتسلت بالماء — وتيممت بالتراب — وقرأت العلم والحديث والفقه — هذا مما يراد به ذلك الجنس ، ولا يفهم منه الاستغراق ، فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه . وهكذا لو قال لامرأته : أنت الطلاق ، فإن أحمد قال : إن أراد ثلاثا فهى ثلاث ، وإن نوى واحدة فهى واحدة ، وإن لم ينو شيئا فكلام أحمد يقتضى أن تكون ثلاثا ، لأنه قال : أنت الطلاق فهذا قد بين أى شىء ، بقى هى ثلاث . وهذا اختيار أبى بكر ، ويخرج فيها أنها واحدة بناء على المسألة قبلها . ووجه القولين ما تقدم ومما يبين أنه يراد بها الواحد قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

فجعل المكرر ثلاثا ، ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعا .

٥٩٤١ (فصـــل)

ولو قال : الطلاق يلزمنى ، أو الطلاق لى لازم ، فهو صريح ، فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق ، وقالوا إذا عقل الصبى الطلاق فطلق لزمه . ولعلهم أرادوا لزمه حكمه ، فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية ، وانغمرت الحقيقة فيه ، ويقع به ما نواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث . وإن أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم . وإن قال : على الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمنى ، لأن من لزمه شىء فهو عليه كالدين . وقد اشتهر استعمال هذا فى إيقاع الطلاق ، ويخرج فيه فى حالة الإطلاق الروايتان ، هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه فى هذا جميعه أن يكون واحدة ، لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاث ، ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ، ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة ، فمقتضى اللفظ فى ظنهم واحدة ، فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى[1] للفظهم ، فيصير كأنهم نووا الواحدة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : مقتضيا

٥٩٤٢ (فصـــل)

وإن قال : أنت طالق للسنة طلقت واحدة فى وقت السنة . وذهب أبو حنيفة إلى أنها تطلق ثلاثا فى ثلاثة قروء ، بناء منه على أن هذا هو السنة ، وقد بينا أن طلاق السنة طلقة واحدة فى طهر لم يصبها فيه . وإن قال : أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة فى طهر لم يصبها فيه أيضاً ، إلا أن ينوى الثلاث[1] فتكون ثلاثا ، لأنه ذكر المصدر ، والمصدر يقع على الكثير والقليل ، بخلاف التى قبلها .

٥٩٤٣ (فصـــل)

وإن قال العجمى « بهشتم ابسيار » طلقت امرأته ثلاثا ، نص عليه أحمد لأن معناه : أنت طالق كثيراً وإن قال « بهشتم فحسبت » بالفارسية طلقت واحداة ، إلا أن ينوى ثلاثا فتكون ثلاثا نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وقال القاضى : يتخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق ، لأن هذا صريح ، وذاك صريح ، فهما سواء .

والصحيح أنه يقع ما نواه ، لأن معناها خليتك ، وخليتك يقع بها ما نواه ، وكذا ههنا . وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها فى الطلاق ، وتعينها له ، وذلك لا ينفى معناها ، ولا يمنع العمل به إذا أراده ، وإن قال : فارقتك ، أو سرحتك ، ونوى واحدة أو أطلق ، فهى واحدة . وإن نوى ثلاثا فهى ثلاث ، لأنه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير ، وكذلك لو قال طلقتك .

٥٩٤٤ (فصـــل)

ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا فى موضعين .

أحدهما : من لا يقدر على الكلام ، كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته ، وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولانعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه لاطريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة ، فقامت إشارته مقام الكلام من غير نيـة . كالنكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لايصح نكاحه بها ، فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثاً ، لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره .

ولو قال الناطق : أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة ، لأن إشارته لاتكفى ، وإن قال: أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً ، لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع فى العدد ،

(١) فى المخطوطة ١٨ : ثلاثا .

وذلك يصلح بياناً كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : « الشهر [١] هكذا وهكذا وهكذا » . وأشار بيده مرة ثلاثين ، ومرة تسعاً وعشرين . وإن قال : أردت الإشارة بالإصبعين المقبوضتين قُبل منه ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

الموضع الثاني[٢] : إذا كتب الطلاق . فإن نواه طلقت زوجته ، وبهذا قال الشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، وأبو حنيفة ، ومالك ، وهو المنصوص عن الشافعي . وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر : أنه لا يقع به طلاق وإن نواه ، لأنه فعل من قادر على التطليق ، فلم يقع به الطلاق كالإشارة

ولنا : أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ، ونواه ، وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب ، بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته ، فحصل ذلك في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف[٣] ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق . فأما إن كتب ذلك من غير نية ، فقال أبو الخطاب : قد خرجها القاضي الشريف في الإرشاد على روايتين .

إحداهما : يقع ، وهو قول الشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، لما ذكرنا .

والثانية : لا يقع إلا بنية ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، ومنصوص الشافعي ، لأن الكتابة محتملة ، فإنه يقصد بها تجربة القلم ، وتجويد الخط ، وغم الأهل ، فلم يقع من غير نية ككنايات[٤] الطلاق فإن نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه ، لم يقع ، لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع ، فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقبل أيضاً في الحكم في أصح الوجهين ، لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين ، فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى .

وإن قال : نويت غم أهلي ، فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً ، يعني أنه يؤاخذ به ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم[٥] : « إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها مالم تكلم أو تعمل به » . فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق ، لأن غم أهله يحصل بالطلاق ، فيجتمع غم أهله ، ووقوع طلاقه ، كما لو قال : أنت طالق ، يريد به غمها . ويحتمل

---

(١) أخرج مسلم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه ذكر رمضان فضرب بيديه فقال : الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم عقد إبهامه في الثالثة ، صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأفطروا ثلاثين » (ف) .

(٢) من موضعي وقوع الطلاق بغير لفظ . (٣) في ٢٩ : الملوك في الأطراف .

(٤) هامش ١٨ : مثل كنايات الطلاق . من نسخة ثانية .

(٥) أخرجه الشيخان عن أبي هريرة بلفظ (تجاوز) بدل (عفا) (ف) .

ألا يقع ، لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته ، فلا يكون ناوياً للطلاق . والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به ، أو الكلام ، وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤاخذ به .

٥٩٤٥ (فصـــل)

وإن كتبه بشيء لا يبين[1] مثل أن كتبه بأصبعه على وسادة أو في الهواء ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع ، وقال أبو حفص العكبرى : يقع ، ورواه الأثرم عن الشعبي ، لأنه كتب حروف الطلاق فأشبه مالو كتبه بشيء يبين ، والأول أولى ، لأن الكتابة التي لاتبين كالهمس بالفم بما لايتبين وثم لا يقع فههنا أولى .

٥٩٤٦ (فصـــل)

إذا كتب لزوجته: أنت طالق ، ثم استمد فكتب إذا أتاك كتابي ، أوعلقه بشرط أو استثناء ، وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، لم يقع طلاقه في الحال ، لأنه لم ينو الطلاق في الحال ، بل نواه في وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال ، وإن لم ينو شيئاً . وقلنا : إن المطلق يقع به الطلاق ، نظرنا ، فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة . لم يقع طلاق قبل وجود الشرط ، لأنه لو قال : أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ، ثم أتى بشرط تعلق به ، فالكتابة أولى ، وإن استمد لغير حاجة ولاعادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً . وإن قال : إنني كتبته مريداً للشرط ، فقياس قول أصحابنا أنها لاتطلق قبل الشرط ، إلا أنه يدين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين ، بناء على قولهم فيمن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت تعليقه على شرط .

وإن كتب إلى امرأته: أما بعد ، فأنت طالق ، طلقت في الحال ، سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه ، وإن كتب إليها : إذا وصلك كتابي فأنت طالق ، فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها . وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق ، لأن الشرط وصوله . وإن ذهبت كتابته بمحو أوغيره ووصل الكاغد لم تطلق ، لأنه ليس بكتاب . وكذلك إن انطمس مافيه لعرق أو غيره ، لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة ، وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لايخرجه عن كونه كتاباً ، ووصل باقيه طلقت ، لأن الباقي كتاب . وإن تخرق بعض مافيه الكتابة سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت ، لأن الاسم باق ، فينصرف الاسم إليه ، وإن تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق ، لأن المقصود ذاهب ، فإن قال لها : إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ، ثم كتب إليها : إذا أتاك كتابي فأنت طالق ، فأتاها الكتاب طلقت طلقتين ، لوجود الصفتين في مجيء الكتاب ، فإن قال : أردت إن أتاك كتابي فأنت طالق بذلك

---

(١) في ١٨ : لايتبين .

الطلاق الذى علقته ، دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

٥٩٤٧ (فصـــل)

ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحمد فى رواية حرب ، فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدل . قيل له : فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان . فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده ، حتى يشهد معه غيره ، لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ، ككتاب القاضى . وظاهر كلام أحمد : أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزويج بعد انقضائها . وهذا معنى يختص به ، لا يثبت به حق على الغير ، فاكتفى فيه بسماعها للشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل ، لأن الخط يشبه به ويزور ، ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

وذكر القاضى أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ، ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى . والصحيح أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها ، بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال : هذا كتابى كان لهما أن يشهدا به .

باب الطـــــلاق بالحساب

٥٩٤٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قال لها : نصفك طالق ، أو يدك أو عضو من أعضائك طالق ، أو قال لها : أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة ، وقعت بها واحدة ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٩٤٩ ﴿ أحـــدهما ﴾

إنه إذا طلق جزءاً منها . والثانى : إذا طلق جزءاً من طلقة .

فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها ، ســـواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها[1] ، أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً كيدها ، أو رأسها ، أو إصبعها ، وهذا قول الحسن ، ومذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وابن القاسم صاحب مالك ، ومذهب أصحاب الرأى ، إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج ،

(١) فى المخطوطة : ١٨ كالنصف والسدس .

طلقت . وإن أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق ، لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه ، أوجزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر .

ولنا : أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعد النكاح ، فأشبه الجزء الشائع ، والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض فى الحل والحرمة ، وجد فيها ما يقتضى التحريم والإباحة ، فغلب فيها حكم التحريم ، كما لو اشترك مسلم ومجوسى فى قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه ليس بثابت ،والشعر والظفر ليس بثابت ، فإنهما يزولان . ويخرج غيرها ، ولا ينقض مسهما الطهارة .

٥٩٥٠ (الفصل الثانى)

إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها ، وإن قلّ فإنه يقع بها طلقة كاملة فى قول عامة أهل العلم إلا داود ، قال : لا تطلق بذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق ، منهم الشعبى ، والحارث المكلى ، والزهرى ، وقتادة ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبو عبيد . قال أبو عبيد : وهو قول مالك، وأهل الحجاز ، والثورى ، وأهل العراق ، وذلك لأن ذكر بعض مالا يتبعض ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق .

٥٩٥١ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق نصفَىْ طلقة وقعت طلقة لأن نصفى الشىء كله . وإن قال ثلاثة أنصـــاف طلقة طلقت طلقتين ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف ، فكمل النصف ، فصـــارا طلقتين . وهذا وجه لأصحاب الشافعى . ولهم وجه آخر : أنها لا تطلق إلا واحدة ، لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة ، فيسقط ما ليس منها ، وتقع طلقة ، ولا يصح لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأهل فى المحل ، لا سبيل إليه ، وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيح ، فلغت الإضافة .

وإن قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعى وجهاً آخر : أنه يقع طلقتان ، لأن اللفظ يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل ، وما ذكرناه أولى ، لأن التنصيف يتحقق به ، وفيه عمل باليقين ، وإلغاء الشك ، وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى . وإن قال : أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان ، لأن نصفى الشىء جميعه ، فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين .

٥٩٥٢ (فصـــل)

وإن قال : أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة ، وقعت طلقة لأنها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت

طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة ، فقال أصحابنا يقع ثلاث ، لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة ، فظاهره أنها طلقات متغايرة ، ولأنها لو كانت الثانية هى الأولى لجاء بها بلام التعريف ، فقال : ثلث الطلقة ، وسدس الطلقة . فإن أهل العربية قالوا : إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثانى غير الأول ، وإن أعيد معرفا بالألف واللام فالثانى هو الأول . كقوله تعـالى : « إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً »[1] فالعسر الثانى هو الأول لإعادته معرفا ، واليسر الثانى غير الأول لإعادته منـكراً . ولهذا قيل :[2] « لن يغلب عسر يسرين » . وقيل : لو أراد بالثانيه الأولى لذكرها بالضمير لأنه الأولى .

وإن قال : أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة ، طلقت طلقة . لأنه لم يعطف بواو العطف ، فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة ، ولأنه يكون الثانى ههنا بدلا من الأول ، والثالث من الثانى ، البدل هو المبدل أو بعضه ، فلم يقتض المغايرة . وعلى هذا التعليل لو قال : أنت طالق طلقة نصف طلقة ، أو طلقة طلقة ، لم تطلق إلا طلقة ، فإن قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقـة لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً .

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين ، لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ، ثم يكمل. وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً . وإن قال : أنت طلقة ، أو أنت نصف طلقة ، أو أنت نصف طلقة، ثلث طلقة، سدس طلقة . أو أنت نصف طالق، وقع بها طلقة، بناء على قولنا فى أنت الطلاق أنه صريح فى الطلاق ، وههنا مثله .

٥٩٥٣ (فصـــل)

فإن قال لأربع نسوه له : أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة . كذلك قال الحسن ، والشافعى ، وابن القاسم ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لـكل واحدة ربعها ثم تكملت . وإن قال : بينكن طلقة فـكذلك ، نص عليه أحمـد ، لأن معناه أوقعت بينكن طلقة ، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين ، وقع بكل واحدة طلقة ، ذكره أبو الخطاب ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى . وقال أبو بكر والقاضى : تطلق كل واحدة طلقتين ، ويروى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه روى عنه فى رجل قال : أوقعت بينـكن ثلاث تطليقات : ما أرى إلا قد بنّ منه ، لأننا إذا قسمنا كل طلقـة بينهن حصل لـكل واحدة جزءان من طلقتين ، ثم تـكمل . والأول أولى ، لأنه لو قال : أنت طالق نصف

---

(١) سورة الإنشراح آية ٥و٦

(٢) أخرجه الحاكم عن الحسن مرسلا (ف) .

طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق فى واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة ، وإنما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالدُّور ونحوها من المختلفات .

أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنما تقسم برءوسها ، ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان ، فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد ، والطلقات لا اختلاف فيها ، ولأن فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى[1] من إيقاع طلقة زائدة بالشك ، فإن أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال[2] أبوبكر ، وإن قال : أوقعت بينكن ثلاث طلقات ، أو أربع طلقات ، فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة ، وعلى قولها يطلقن ثلاثاً ثلاثاً . وإن قال : أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان . كذلك قال الحسن ، وقتادة ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن نصيب كل واحدة طلقة وربع ، ثم تكمل . وكذلك إن قال : ستاً أو سبعاً أو ثمانياً . وإن قال : أوقعت بينكن تسعاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً .

٥٩٥٤ (فصــــل)

فإن قال : أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة ، وقع بكل واحدة منهن ثلاث ، لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ، ويستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها فى قياس المذهب ، لأن الواو لا تقتضى ترتيباً . وإن قال : أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك ، لأن هذا يقتضى وقوع ثلاث على ما قدمنا[3] . وإن قال : أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثاً ، إلا التى لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، ثم يلحقها ما بعدها .

٥٩٥٥ (فصــــل)

فإن قال لنسائه : أنتن طوالق ثلاثاً ، أو طلقتكن ثلاثاً ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً . نص عليه أحمد . لأن قوله : طلقتكن يقتضى تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ، ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث ، فصار لكل واحدة ثلاث ، بخلاف قوله : أوقعت بينكن ثلاثاً ، فإنه يقتضى قسمة الثلاث عليهن ، لكل واحدة منهن جزء منها ، وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة .

٥٩٥٦ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإن قال لها : شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق ﴾

---

(١) فى المخطوطه ٢٠ ، ٣٩ : فكان هو الأولى ، (٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٢٠ : ما قاله .
(٣) فى المخطوطة ٣٩ : على ما قلنا .

لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما ، فليس هما كالأعضاء الثابتة ، وبهذا قال أصحاب الرأى . وقال مالك، والشافعى : تطلق بذلك ، ونحوه عن الحسن ، لأنه جزء يستباح بنكاحها ، فتطلق به كالإصبع .

ولنا : أنه جزء ينفصل عنها فى حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والرِّيق ، فإنه لا خلاف فيهما ، وفارق الإصبع ، فإنها لا تنفصل فى حال السلامة ، ولأن الشعر لا روح فيه ، ولا ينجس بموت الحيوان ، ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لأن مآله إلى الانفصال وهذه كذلك ، والسن فى معناهما لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير .

٥٩٥٧ (فصـــل)

وإن إضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحمل مودع فيها . قال الله تعالى : « وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ » . قيل : مستودع فى بطن الأم . وإن أضافه إلى الزوج . فقال أبوبكر : لا يختلف قول أحمد فى الطلاق والعتق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر ، والسن ، والظفر ، والروح ، جرد القول عنه مهنا ابن يحيى ، والفضل بن زياد القطان . فبذلك أقول : ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به .

٥٩٥٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق ﴾

وجملة ذلك : أن من شك فى طلاقه لم يلزمه حكمه ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأن النكاح ثابت بيقين ، فلا يزول بشك . والأصل فى هذا حديث عبدالله بن زيد ، عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصـــلاة ، فقال : لاينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » . متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ، ولأنه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر فى الحدث أو المحدث فى الطهارة ، والورع التزام الطلاق . فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولا بها وجدد نكاحها إن كانت غــير مدخول بها ، أو قد انقضت عدتها ، وإن شك فى طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها ، لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق ، فلا تحل لغــيره . وحكى عن شريك : أنه إذا شك فى طلاقه طلقها واحـدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة فى الحكم ، وليس بشىء ، لأن التلفظ بالرجعية ممكن مع الشك

---

(١) سورة الأنعام آية ٩٨

فى الطلاق . ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية ، ولأنه لو شك فى طلقتين فطلق واحدة لصار شاكاً فى تحريمها عليه ، فلا تفيده الرجعة .

٥٩٥٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً اعتزلها ، وعليه نفقتها ما دامت فى العدة . فإن راجعها فى العدة لزمته النفقة ، ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق[1] لأنه متيقن للتحريم ، شاك فى التحليل ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا طلق وشك فى عدد الطلاق ، فإنه يبنى على اليقين . نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فى رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحدة أم ثلاثاً ؟ قال : أما الواحدة فقد وجبت عليه ، وهى عنده حتى يستيقن . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى : لأن ما زاد على القدر الذى تيقنه طلاق مشكوك فيه ، فلم يلزمه كما لو شك فى أصل الطلاق ، وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية ، قال الخرقى : ويحرم وطؤها ، ونحوه قول مالك . إلا أنه حكى عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه . وقولهما تيقن فى التحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك فى رفعه بالرجعة ، فلا يرتفع بالشك ، كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك فى موضعها ، فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ، ولا يزول إلا بغسل جميعه . وفارق لزوم النفقة ، فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهى باقية ، لأنها كانت باقية ، ولم يتيقن زوالها ، وظاهر قول غير الخرقى من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور ، لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقيناً . فإن التحريم أنواع : تحريم تزيله الرجعة ، وتحريم يزيله نكاح جديد ، وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ، ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى ، كمن تيقن فى الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ، ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة ، فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك فى نجاسة سائره ، فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا هنا ، ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه ، فإن الرجعية مباحة لزوجها فى ظاهر المذهب فما هو إذاً متيقن للتحريم بل شاك فيه متيقن للإباحة .

٥٩٦٠ (فصــل)

إذا رأى رجلان طائراً فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب ، وحلف الآخر بالطلاق أنه حمام ، فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما ، لأن يقين النكاح ثابت ، ووقوع الطلاق مشكوك فيه فإن ادعت

(١) فى المخطوطة ٢٠ كم طلق

امرأة أحدهما حنثه فيها ، فالقول قوله ، لأن الأصل معه ، واليقين فى جانبه . ولو كان الحالف واحداً فقال : إن كان غراباً فنساؤه طوالق . وإن كان حماماً فعبيده أحرار . أو قال : إن كان غراباً فزينب طالق ، وإن كان حماماً فهند طالق . ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه فى شيء لأنه متيقن للنكاح شاك فى الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك .

فأما إن قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثا ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فامرأته طالق ثلاثا . فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ، ولا يحكم به فى حق واحد منهما بعينه بل تبقى فى حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى ، لأن كل واحد منهما يقين نكاحه باق ، ووقوع طلاقه مشكوك فيه . فأما الوطء فذكر القاضى أنه يحرم عليهما ، لأن أحدهما حانث[1] بيقين ، وامرأته محرمة عليه وقد أشكل ، فحرم عليهما جميعا ، كما لو حنث فى إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأى ، والشافعى : لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته ، لأنه محكوم ببقاء نكاحه ، ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه . وفارق الحانث فى إحدى امرأتيه ، لأنه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه. قلنا: إنما تحقق حنثه فى واحدة غير معينة ، وبالنظر إلى كل واحدة مفردة ، فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه . لكن لما تحققنا أن إحداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعا ، وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته ، وحرمت عليه ، وتعذر التمييز ، فيحرم الوطء عليهما ، ويصير كما لو تنجس أحد الإناءين لا بعينه ، فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما ، سواء كانا لرجلين ، أو لرجل واحد . وقال مكحول : يحمل الطلاق عليهما جميعاً ، ومال إليه أبو عبيد ، فإن ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال ، وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ونحو هذا قال عطاء ، والشعبى ، والزهرى ، والحارث العكلى ، والثورى ، والشافعى ، لأن كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه ، وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلقت زوجتاهما بإقرارهما على أنفسهما ، وإن أقر أحدهما حنث وحده ، وإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله ، وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين .

٥٩٦١ (فصل)

فإن قال أحدهما : إن كان هذا غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فعبدى حر ، فطار ولم يعلما حاله لم نحكم بعتق واحد من العبدين فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذى اشتراه ، لأن إنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه ، وإقرار بعتق الذى اشتراه ، وإذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه . وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان فى يده وأحدهما

(١) فى المخطوطة ٢٠ و١٨ حنث.

حر ولم يعلم بعينه . ويرجع في تعيينه إلى القرعة ، وهذا قول أبي الخطاب ، وذهب القاضي إلى أنه يعتق الذي اشتراه في الموضعين ، لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعي .

ولنا : أنه لم يعترف لفظاً ، ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف . فإن الشرع يسوِّغ له إمساك عبده مع الجهل استناداً إلى الأصل ، فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما ؟

وإنما اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه ، فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعتق أحدهما وحده ، فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحداً فقال : إن كان غراباً فعبدي حر ، وإن لم يكن غراباً فأمتي حرة ، ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما ، فيعتق أحدهما . فإن ادعى أحدهما أنه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه .

٥٩٦٢ (فصـــل)

وإن قال : إن كان غراباً فهذه طالق ، وإن لم يكن غراباً فهذه الأخرى طالق ، فطار ولم يعلم حاله ، فقد طلقت إحداهما ، فيحرم عليه قربانهما ، ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما ، لأنهما محبوستان عليه لحقه . وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما ، فتخرج بالقرعة المطلقة منهما ، كقولنا في العبيد ، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا ، لما سنذكره فيما إذا طلق واحدة وأنسيها ، وهو قول أكثر أهل العلم . فعلى هذا يبقى التحريم فيهما الى أن يعلم المطلقة منهما ، ويؤخذ بنفقتهما . فإن قال : هذه التي حنثت فيها ، حرمت عليه ، ويقبل قوله في حل الأخرى ، فإن ادعت التي لم يعترف بطلاقها أنها المطلقة فالقول قوله لأنه منكر وهل يحلف؟ يخرج على روايتين .

٥٩٦٣ (فصـــل)

فإن قال : إن كان غراباً فنساؤه طوالق ، وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يتبين ، وعليه نفقة الجميع فإن قال كان غراباً طلق نساؤه ، ورق عبيده : فإن ادعى أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول قوله ، وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : لم يكن غراباً عتق عبيده ولم تطلق النساء .

فإن ادعين أنه كان غرابا ليطلقن فالقول قوله ، وفي تحليفه وجهان ، وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله ، وإن قال : لا أعلم ماالطائر ؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد ، وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء . وهذا قول أبي ثور ، وقال أصحاب الشافعي : إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا ، وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد ، لأن القرعة لها مدخل في العتق ، لكون النبي صلى الله عليه وسلم «أقرع بين العبيد الستة»

ولا مدخل لها فى الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ، ولا يمكن قياسه على العتق ، لأن الطلاق حل قيد النكاح ، والقرعة لا تدخل فى النكاح ، والعتق حل الملك ، والقرعه تدخل فى تمييز الأملاك . قالوا : ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ، ويمكن أن يقال على هذا : إن مالا يصلح للتعيين فى حق الموروث لا يصلح فى حق الوارث كما لو كانت اليمين فى زوجتين ، ولأن الإماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

٥٩٦٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لزوجاته ، إحداكن طالق ، ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن ، فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن ﴾

وجملته : أنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها[1] فإنها تخرج بالقرعة ، نص عليه فى رواية جماعة . وبه قال الحسن ، وأبو ثور . وقال قتادة ، ومالك : يطلقن جميعاً ، وقال حماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى : له أن يختار أيتهن شاء ، فيوقع عليها الطلاق ، لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه ، فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه ، لأنه استيفاء ما ملكه .

ولنا : أن ماذكرناه مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما ، ولا مخالف لهما فى الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بنى على التغليب والسراية ، فتدخله القرعة كالعتق . وقد ثبت الأصل بكون النبى صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ، ولأن الحق لواحد غير معين ، فوجب تعيينه بالقرعة ، كالحرية فى العبيد إذا أعتقهم فى مرضه ، ولم يخرج جميعهم من الثلث ، وكالسفر بإحدى نسائه ، والبداية بإحداهن فى القسم ، وكالشريكين إذا اقتسما ، ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية . وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً : فإنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع ، كما لو عينها . وقولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا : ملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزمه أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها . وأنسيها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها ، لأنه عينها بنيته فأشبه مالو عينها بلفظه ، وإن قال : إنما أردت فلانة قبل منه ، لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن ، فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها فى الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق .

٥٩٦٥ (فصـل)

وإذا قال لنسائه : إحداكن طالق غداً ، فجاء غد طلقت واحدة منهن ، وأخرجت بالقرعة . فإن مات

(١) فى المخطوطة ٢٠ غير معينة

قبل الغد ورثنه كلهن . وإن ماتت إحداهن ورثها ، لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق . فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء ، فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء ، وصارت كالمعينة بقوله : أنت طالق غداً وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق فى الأحياء ، فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى ، كما لو قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق . وهو قول أبى حنيفة .

والفرق بينهما ظاهر ، فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله ، فلا ينصرف قوله إليها ، وهذه قد كانت محلا للطلاق وإرادتها بالطلاق ممكنة .

وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى ، وحدوث الموت بها لا يقتضى فى حق الأخرى طلاقا ، فتبقى على ما كانت عليه ، والقول فى تعليق العتق كالقول فى تعليق الطلاق . وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه . وعلى قول القاضى ينبغى أن يتعين العتق فى الباقين . وكذلك ينبغى أن يكون مذهب أبى حنيفة ، والشافعى . لأن له تعيين العتق عندهم بقوله ، فبيع أحدهم صرف للعتق عنه ، فيتعين فى الباقين . وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين . فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن معسراً لم يعتق إلا نصفه .

٥٩٦٦ (فصـــل)

وإذا قال : امرأتى طالق ، وأمتى حرة ، وله نساء وإماء ، ونوى بذلك معينة ، انصرف إليها . وإن نوى واحدة مُبْهمة فهى مبهمة فيهن . وإن لم ينو شيئا فقال أبو الخطاب : يطلق نساؤه كلهن ، ويعتق إماؤه ، لأن الواحد المضاف يراد به الكل ، كقوله تعالى : « وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللهِ لاَ تُحْصُوهَا[1] » و « أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ[2] » ولأن ذلك يروى عن ابن عباس . وقال الجماعة : يقع على واحدة مبهمة ، وحكمه حكم ما لو قال : إحداكن طالق وإحداكن حرة، لأن لفظ الواحد لا يستعمل فى الجمع إلا مجازاً ،والكلام لحقيقته مالم يصرفه عنها دليل ، ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

٥٩٦٧ ﴿ مســـألة ﴾

وقال ﴿ وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة ﴾

أكثر أصحابنا على أنه اذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها[3] أنها تخرج بالقرعة ، فيثبت حكم الطلاق فيها ، ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد ، عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا

(١) سورة ابراهيم آية ٣٤ (٢) سورة البقرة آية ١٨٧ (٣) فى ١٨ و ٢٠ونسيها .

لمعرفة الحل ، تستعمل لمعرفة الميراث ، فإنه قال : سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأته من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق ؟ قال : أكره أن أقول فى الطلاق بالقرعة . قلت : أرأيت إن مات هذا ؟ قال : أقول بالقرعة ، وذلك لأنه تصير القرعة على المال ، وجماعة من روى عنه القرعة فى المطلقة المنسية إنما هو فى التوريث . فأما فى الحل فلا ينبغى أن يثبت بالقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، فالكلام إذن فى المسألة فى شيئين .

أحدهما : فى استعمال القرعة فى المنسية للتوريث .

والثانى : فى استعمالها فيها للحل ، أما الأول فوجهه : ما روى عبد الله بن حميد قال : « سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة ، قدم البصرة فطلق إحداهن ، ونكح ثم مات لا يدرى الشهود أيتهن طلق ؟ فقال : قال على رضى الله عنه : أقرع بين الأربع ، وأنذر[1] منهن واحدة ، وأقسم بينهن الميراث» ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء فى القسمة ، والعبيد فى الحرية .

وأما القرعة فى الحل فى المنسية فلا يصح استعمالها ، لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية ، فلم تحل له إحداها بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ، ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ، ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ، ولاحتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ، ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر ، فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها . وقد قال الخرقى فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً ؟ ومن حلف بالطلاق ألا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة : لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التى وقعت عليها اليمين . فحرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ، ولم يعارضه يقين التحريم ، فههنا أولى .

وهكذا الحكم فى كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها ، مثل أن يرى امرأة فى روزنة ، أو مُوَلِّيةً ، فيقول : أنت طالق ، ولا يعلم عينها من نسائه ، وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه فى مسألة الطائر وشبهها ، فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تتبين المطلقة . ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه ، وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئاً ، ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج ، لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ، ولا يحل للزوج غيرها ، لاحتمال أن تكون المطلقة ، وقال أصحابنا : إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها ، فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها . وحل

(١) هكذا (وأنذر) بالذال المعجمة فى النسخ المطبوعة وأرجح أنها (وأندر) بالدال المهملة أى (وأسقط) لأنه سيسقط واحدة من خمسة (أربع من خراسان وواحدة من البصرة) (ف) .

للزوج مَنْ سواها ، كما لو كان الطلاق فى واحدة غير معينة . واحتجوا بما ذكرنا من حديث على ، ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها ، فأشبه ما لو قال : إحداكن طالق ، ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية ، أشبه العتق . والصحيح إن شاء الله أن القرعة لا تدخل ههنا لما قدمنا . وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه ، فجعل الشرع القرعة معينة ، فإنها تصلح للتعيين . وفى مسألتنا الطلاق واقع فى معينة لا محالة ، والقرعة لا ترفعه عنها ، ولا توقعه على غيرها ، ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها ، واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها ، بل هو أظهر فى غيرها ، فإنهن إذا كن أربعاً فاحتمال وقوعه فى واحدة منهن بعينها أندَر من احتمال وقوعه فى واحدة من ثلاث .

ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية ، أو ميتة بمذكاة ، أو زوجته بأجنبية ، أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر ، وأشباه ذلك مما يطول ذكره ، لا تدخله قرعة ، فكذا ههنا ، وأما حديث على فهو فى الميراث لا فى الحل . وما نعلم بالقول بها فى الحل من الصحابة قائلا .

٥٩٦٨ (فصـــل)

فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التى وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ، ويكون وقوع الطلاق من حين طلّق ، لا من حين ذكر ، وقوله فى هذا مقبول لأنه يقر[1] على نفسه ، وترد إليه التى خرجت عليها القرعة ، لأننا تبينا أنها غير مطلقة ، والقرعة ليست بطلاق ، لا صريح ولا كناية ، فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله فى هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت ، أو يكون بحكم حاكم ، لأنها إذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثانى ، فلا يقبل قوله فى فسخ نكاحه . والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين .

قال أحمد فى رواية الميمونى : إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق ، يقرع بينهن ، فإن أقرع بينهن فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التى طلق ، فقال : هذه ترجع إليه ، والتى ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها ، فإن تزوجت فهذا شىء قد مر . فإن كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع إليه لأن الحاكم فى ذلك أكبر منه[2] . وقال أبو بكر وابن حامد : متى أقرع ثم قال بعد ذلك إن المطلقة

---

(١) فى ٢٠ : إقرار على نفسه .

(٢) أخرج مسلم ج ٣ ص ١٣٨٨ عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً » (ف) .

غيرها وقع الطلاق بهما جميعاً ولا ترجع إليه واحدة منهما لأن[1] التى عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها . ويجىء على قياس قولها أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها .

٥٩٦٩ (فصـــل)

فإن قال : هذه المطلقة قبل منه ، وإن قال : هذه المطلقة ، بل هذه ، طلقتا ، لأنه أقر بطلاق الأولى ، فقبل إقراره ، ثم قبل إقراره بطلاق الثانيــة ، ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى ، وكذلك لو كن ثلاثاً فقال : هذه ، بل هــذه ، [بل هذه][2] طلقن كلهن . وإن قال : هذه ، أو هذه ، بل هذه طلقت الثالثة[3] وإحدى الأوليين . وإن قال : طلقت هذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأولى ، وإحدى الأخريين ، وإن قال : أنت طالق ، وهذه ، أو هذه ، فقال القاضى : هى كذلك ، وذكر أنه قول الكسائى .

وقال محمد بن الحسن : تطلق الثانية ، ويبقى الشك فى الأولى والثــالثة ، وجه الأول : أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ، ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك ، فيكون الشك فيهما ، ولو قال : طلقت هذه أو هذه وهذه ، طلقت الثانية ، وكان الشك فى الأوليين . ويحتمل فى هاتين المســألتين أن يكون الشك فى الجميع ، لأنه فى الأولى أتى بحرف الشك بعدهما ، فيعود إليهما . وفى المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال طلقت هذه وهذه ، أو هذه ، طولب بالبيان ، فإن قال : هى الثالثة طلقت وحــدها ، وإن قال: لم أطلقها طلقت الأولتان ، وإن لم يبين أقرع بين الأوليتين والثالثة ، قال القاضى فى المجرد وهذا أصح ، وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان ، فإن قال هى الأولى طلقت وحدها ، وإن قال ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبــل التعيين ، ،إن وطىء لم يكن تعييناً ، وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطــلاق فى الأخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق فى الأخرى ، لأنهــا ماتت قبل ثبوت طلاقها .

ولنا : أن موت إحداهما أو وَطأها لا ينفى احتمال كونها مطلقة،فلم يكن تعييناً لغيرها كرضها.وإن قال: طلقت هذه وهذه،فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدرى أهما الأولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين، فإن قال : هما الأولتان تعين الطلاق فيهما . وإن قال لم أطلق الأولتين تعين الآخرتان ، وإن قال إنما أشك فى طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقى الشك فى الثلاث ومتى فسر كلامه بشىء محتمل قبل منه .

(١) فى النسخ المطبوعة (لا أن) والصواب لأن كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٢ (ف) .

(٢) سقط من النسخ المطبوعة (بل هذه) والصواب زيادتها وهى فى الشرح الكبير (ف) .

(٣) فى النسخ المطبوعة (الثانية) والصواب (الثالثة) كما فى الشرح الكبير (ف) .

٥٩٧٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن ﴾

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهن كلهن، لأنهن تساوين فى احتمال استحقاقه ، ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعى : يوقف الميراث . المختص بهن حتى يصطلحن عليه ، لأنه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقى قول على رضى الله عنه ، ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين ، فوجب المصير إلى القرعة ، كمن أعتق عبيداً فى مرضه لا مال[1] له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقيناً والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق يقيناً والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير فى الشرع .

٥٩٧١ (فصل)

فإن مات بعضهن أو جميعهن أقرعنا بين الجميع ، فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها ، وإن خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه . فإن قال الزوج بعد موتها هذه التى طلقتها أو قال : فى غير المعينة هذه التى أردتها حرم ميراثها ، لأنه يقر على نفسه ، ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه ، لأن علم ذلك إنما يعرف من جهته ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها ، والأصل عدمه ، وهل يستحلف على ذلك ؟ فيه روايتان .

فإن قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ، ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها فإن مات فقال ورثته لإحداهن : هذه المطلقة ، فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها [بطلاقها] حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها ، لأنها تدعى بقاء نكاحها[2] وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها ، وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به فأنكرها فالقول قوله وإن مات لم ترثه لإقرارها بأنها لا يستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لأننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق بينهما ، فأما إن كان رجعياً ومات فى عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه[3] .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : ولا مال (٢) فى المخطوطة ١٨و٣٩ : النكاح .

(٣) على هامش ٢٠ : توارثا . من نسخة أخرى .

٥٩٧٢ (فصـــــل)

وإذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتى تزوجها ربع ميراث النسوة . نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمد أيضاً ، وذهب الشعبى والنخعى وعطاء الخراسانى[1] وأبو حنيفة إلى أن الباقين بين الأربع ، وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعى يوقف الباقى بينهن حتى يصطلحن . ووجه الأقوال ما تقدم . وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن[2] ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدرى أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن فالتى أبانها تخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات فى عدتهن وكان طلاقه فى صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعيتان يرثنه فى العدة ويرثهن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه فى مرضه الذى مات فيه لورثة الجميع فى العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

٥٩٧٣ (فصـــــل)

إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أو بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة وخرج ابن حامد وجها فى أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة فى حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الإنفاق[3] عليها وحرمة النكاح فى حقها ولا يصح لأننا علمنا أن منهن واحدة بائناً منه ليست فى نكاحه ولا فى عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته ؟ وإنما الإنفاق[4] عليهما لأجل حبسها ومنعها من التزويج بغيره لأجل اشتباهها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طلاقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعى أن عدتها من حين التعيين . وهذا فاسد . فإن الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه فى تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين تبيين لما كان واقعاً ، وإن مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة فى قول الشعبى والنخعى وعطاء الخراسانى. قال أبو عبيد : وهو قول أهل الحجاز والعراق ، لأن كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح، والأصل

---

(١) فى بعض النسخ المطبوعة (وعطاء والخراسانى) والصواب (وعطاء الخراسانى) بدون عطف ، قال عبد الرحمن بن يزيد كان يحيى الليل وثقة ابن معين وأبو حاتم قال ابنه عثمان : مات سنة خمس وثلاثين ومائة عن خمس وثمانين سنة قاله أبو نعيم (ف).

(٢) فى المخطوطه ٣٩ : إحداهن فى الفقرة كلها

(٣) فى المخطوطة ١٨ : النفقه

(٤) فى المخطوطة ١٨ : فى النفقة

بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق ، وعدة الوفاة من حين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ، ويحتمل أنها المطلقة ، فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً إلا بأطولها . وهذا فى الطلاق البائن فأما الرجعى فعليها عدة الوفاة بكل حال ، لأن الرجعية زوجة .

٥٩٧٤ (فصــل)

إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان . ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل : أتجوز شهادة رجل وامرأتين فى الطلاق ؟ قال : لا والله . إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال ، فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص ، فإن لم تكن بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان . نقل أبو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه »[1] وقوله « اليمين على من أنكر »[2] ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر . ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف فى الطلاق والنكاح ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وإن اختلفا فى عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فإذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدى منه إن قدرت. قال أحمد لا يسعها أن تقيم معه ، وقال أيضاً تفتدى منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال جابر بن زيد وحماد بن أبى سليمان وابن سيرين : تفر منه ما استطاعت وتفتدى منه بكل ما يمكن ، وقال الثورى ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وأبو عبيد : تفر منه ، وقال مالك لا تتزين له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا عريتها ، ولا يصيبها إلا وهى مكرهة ، وروى عن الحسن ، والزهرى ، والنخعى ، يستحلف ثم يكون الإثم عليه ، والصحيح ما قاله الأولون ، لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه ، فوجب عليها الامتناع والفرار منه ، كسائر الأجنبيات . وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدى زور فحكم له الحاكم بالزوجية ، ولو تزوجها تزويجاً باطلا وسلمت إليه بذلك فالحكم فى هذا كله كالحكم فى المطلقة ثلاثاً .

٥٩٧٥ (فصــل)

ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها . لم ترثه ، نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف

(١) أخرجه أحمد ومسلم عن ابن عباس (ف) . (٢) أخرجه البيهقى عن ابن عمر (ف) .

والشافعى وابن المنذر ، وقال الحسن ترثه لأنها فى حكم الزوجات ظاهراً .

ولنا : أنها تعلم أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبيات ، وقال أحمد فى رواية أبى طالب : تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك ، يجىء فيدعيها فترد عليه وتعاقب . وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه ، لا تأخذ ماليس لها ، تفر منه ، ولا تخرج من البلد . ولكن تختفى فى بلدها . قيل له : فإن بعض الناس قال : تقتله هى بمنزلة من يدفع عن نفسه ، فلم يعجبه ذلك ، فمنعها من التزويج[1] قبل ثبوت طلاقها ، لأنها فى ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق ، فإذا تزوجت غيره وجب عليها فى ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول ، ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر ، وذاك بباطنه ، ولم يأذن لها فى الخروج من البلد ، لأن ذلك يقوى التهمة فى نشوزها ولا[2] فى قتله قصداً ، لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً ، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ، ولا ضمان فى الباطن ، فأما فى الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل مالم يثبت صدقها .

٥٩٧٦ (فصـــل)

قال أحمد : إذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها ، أقيم عليه الحد[3] إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية ، فهى كسائر الأجنبيات ، بل هى أشد تحريما ، لأنها محرمة وطئا ونكاحا ، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه ، وبهذا قال الشعبى ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثورى ، والأوزاعى ، وربيعة ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه ، وذلك شبهة فى درء الحد عنه ، ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك ، فإن قال : وطئتها عالما بأنى كنت طلقتها ثلاثا كان إقراراً منه بالزنا ، فيعتبر فيه ما يعتبر فى الإقرار بالزنا .

٥٩٧٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ، ثم طلقها ، أومات عنها ، وقضت العدة ثم تزوجها الأول ، فهى عنده على ما بقى من الثلاث ﴾

وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها ، الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر .

---

(١) الصواب (التزوج) ، وهو فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٥ (ف)
(٢) فى النسخ (ولأن فى قتله) والصواب (ولا فى قتله) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٥ (ف)
(٣) على هامش ٣٩ : حد . من نسخة أخرى

والثانى : أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع إليه على ما بقى من طلاقها بغير خلاف نعلمه .

والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فمن أحمد فيها روايتان .

إحداها : ترجع إليه على ما بقى من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر ، وعلى ، وأبى ، ومعاذ ، وعمران بن حصين ، وأبى هريرة . وروى ذلك عن زيد ، وعبد الله بن عمرو ابن العاص . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة ، والحسن ، ومالك ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، ومحمد بن الحسن ، وابن المنذر .

والرواية الثانية: عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث، وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس، وعطاء ، والنخعى ، وشريح ، وأبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأن وطء الزوج الثانى مثبت للحل ، فيثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات ، كما بعد الثلاث ، لأن الوطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . فأولى أن يهدم ما دونها .

ولنا : أن وطء الثانى لا يحتاج إليه فى الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث ، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثانى ، وقولهم : إن وطء الثانى يثبت الحل لا يصح لوجهين .

أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلا ، وإنما هو فى الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : « فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ[1] » وحتى للغاية ، وإنما سمى النبى صلى الله عليه وسلم الزوج الذى قصد الحيلة محللا تجوزاً ، بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلاً لا يستحق لعنا .

والثانى : أن الحل إنما يثبت فى محل فيه تحريم ، وهى المطلقة ثلاثا ، وههنا هى حلال له ، فلا يثبت فيها حل . وقولهم : إنه يهدم الطلاق . قلنا : بل هو غاية لتحريمه ، وما دون الثلاث لا تحريم فيها ، فلا يكون غاية له .

٥٩٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين ، لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجا غيره ، حرة كانت الزوجة أو مملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ﴾

وجملة ذلك : أن الطلاق معتبر بالرجال ، فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث ، حرة كانت الزوجة أو أمة وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان ، حرة كانت زوجته أو أمة ، فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

غيره . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وزيد ، وابن‌عباس . وبه قال سعيدبن المسيب ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال ابن عمر : أيهما رق نقص الطلاق برقه ، فطلاق العبد اثنتان ، وإن كان تحته حرة ، وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً . وروى عن على ، وابن مسعود : أن الطلاق معتبر بالنساء ، فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبدا ، وبه‌قال‌الحسن،وابن‌سيرين،وعكرمة،وعبيدة ،ومسروق ، والزهرى، والحكم ،وحماد، والثورى،وأبوحنيفة لما روت عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله‌عليه وسلم أنه قال : «طلاق‌الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن المرأة محل للطلاق ، فيعتبر بها كالعدة .

ولنا : أن الله تعالى‌خاطب الرجال بالطلاق ، فكان حكمه‌معتبراً بهم ، ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية ، فكان اختلافه به كعدد المنكوحات. وحديث‌عائشة قال أبو داود راويه مظاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، وقد أخرجه الدارقطنى فى سننه عن‌عائشة . قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « طلاق العبد اثنتان ، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، وقرء الأمة حيضتان ، وتتزوج الحرة على الأمة ، ولا تتزوج الأمة على الحرة » . وهذا نص ، ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعا ، فملك طلقات ثلاثا ، كما لو كان تحته حرة ، ولا خلاف فى أن الحر الذى زوجته حرة طلاقه ثلاث ، وأن العبد الذى تحته أمة طلاقه اثنتان ، وإنما الخلاف فيما اذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقا .

٥٩٧٩ (فصـــل)

قال أحمد المكاتب عبد مابقى عليه درهم ، وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد . وهذا صحيح ، فإنه جاء فى الحديث « المكاتب[1] عبد مابقى عليه درهم » ولأنه يصح عتقه ولاينكح إلا اثنتين ، ولايتزوج ولايتسرى إلابإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد .

وقد روى الأثرم فى سننه عن سليمان بن يسار : « أن نفيعا مكاتب أم‌سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين ، فسأل عثمان وزيد بن ثابت ، عن ذلك » فقالا : حرمت[2] عليك ؟ والمدبر كالعبد القن فى‌نكاحه وطلاقه وكذلك‌المعلق عتقه بصفة ، لأنه‌عبد ، فتثبت فيه أحكام‌العبيد .

٥٩٨٠ (فصـــل)

قال أحمد فى رواية محمد بن الحكم : العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثا ، ويطلق ثلاث

(١) أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (ف) .
(٢) ورواه أيضاً مالك فى الموطأ والشافعى بلفظ (أن نفيعاً وكان عبدا لأم سلمة الخ) .(ف)

تطليقات ، وكذلك كلما تجزأ بالحساب ، إنما جعل له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبعض ، فوجب أن يتبعض فى حقه كالحد ، فلذلك كان له أن ينكح نصف ماينكح الحر ونصف ماينكح العبد ، وذلك ثلاث .

وأما الطلاق فلايمكن قسمته فى حقه ، لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق ، وليس له ثلاثة أرباع ، فكمل فى حقه ، ولأن الأصل إثبات الطلقات الثلاث فى حق كل مطلق ، وإنما خولف فيمن كمل الرق فى حقه ففيمن عداه يبقى على الأصل .

٥٩٨١ (فصـــل)

إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريماً لاينحل إلا بزوج وإصابة ، ولم يوجد ذلك فلايزول التحريم ، وهذا ظاهر المذهب . وقد روى عن أحمد : أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة . وذكر حديث ابن عباس[١] عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المملوكين : « إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها » . وقال لا أرى شيئاً يدفعه ، وغير واحد يقول به أبوسلمة ، وجابر ، وسعيد بن المسيب . ورواه الإمام أحمد فى المسند ، وأكثر الروايات عن أحمد الأول ، وقال : حديث عثمان وزيد فى تحريمها عليه جيد ، وحديث ابن عباس يرويه عمر بن معتب[٢] ولا أعرفـــه .

وقد قال ابن المبارك : من أبوحسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة ، منكراً لهذا الحديث[٣] . قال أحمد أما أبوحسن فهو عندى معروف ، ولكن لاأعرف عمر بن معتب ، قال أبوبكر : إن صح الحديث فالعمل عليه ، وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد ، وبه أقول .

---

(١) هذا الحديث أخرجه أحمد بن حنبل فى المسند طبع دار المعارف ج٣ ص ٣٢٤ ، ج ٥ص ٣٦ ، ٣٧ وفيه قال عبد الله بن أحمد قال أبى : قيل لمعمر يا أبا عروة من أبوحسن هذا ؟ لقد تحمل صخرة عظيمة .

(٢) وفى الحديث (عمر بن معتب) وقد صحف فى الأصول (عمر بن مغيث) ورواه أيضاً أبوداود ج ١ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ « قال أبوداود : سمعت أحمد بن حنبل قال ؟ قال عبد الرزاق : قال ابن المبارك لمعمر : من أبو الحسن هذا ؟ لقد تحمل صخرة عظيمة ! . قال أبوداود : أبوالحسن معروف وليس العمل على هذا الحديث اهـ وعمر بن معتب ترجمه ابن أبى حاتم فى الجرح والتعديل ٣/١/١٣٢ — ١٣٣ وروى بإسناده عن أحمد بن حنبل قال : « أما أبو الحسن فعندى معروف ولكن لا أعرف عمر بن معتب » اهـ وذكره النسائى فى الضعفاء ص ٢٤ وقال ليس بالقوى » وفى التقريب ج ٢ ص ٦٣ « عمر بن معتب ضعيف » وفى الميزان ج ٣ ص ٢٢٤ « قال ابن المدينى منكر الحديث » (ف) .

(٣) فى ١٨ : يريد إنكار هذا الحديث .

قال أحمد : ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين ، ثم عتق واشتراها لم تحل له ، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات ، أو طلقتان إن كان طلقها واحدة ، لأنه فى حال الطلاق حر . فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة فى العدتين وجودها ، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك إلا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ، ولو طلق فى كفره واحدة وراجعها ثم سبى واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ، ولو طلقها فى كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما ، كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما .

٥٩٨٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث ﴾

نص أحمد على هذا فى رواية مهنا ، وقال أبوعبد الله بن حامد : تقع طلقتان ، لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين ، وذلك طلقة ونصف ، ثم تكمل فتصير طلقتين . وقيل : بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

ولنا أن نصف الطلقتين طلقة ، وقد أوقعه ثلاثا ، فيقع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث طلقات ، وقولهم : معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ ، فإنه على ماذكروه يكون ثلاثة أنصاف طلقة . وينبغى أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم : إنه محال . قلنا : وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال ، فيجب أن يقع .

٥٩٨٣ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهى واحدة ، قال أحمد فيمن قال لامرأته : أنت طالق ملء البيت ، فإن أراد الغلظة عليها يعنى يريد أن تبين منه فهى ثلاث . فاعتبر نيته ، فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة . وذلك لأن الوصف لا يقتضى عدداً ، وهذا لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية ، وبهذا قال الشافعى وقال أبوحنيفة وأصحابه : تكون بائناً ، لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضى الزيادة عليها ، وذلك هو البينونة .

ولنا : أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض ، فكان رجعياً كقوله : أنت طالق . وماذكروه لا يصح ، لأن الطلاق حكم ، فإذا ثبت ثبت فى الدنيا كلها فلا يقتضى ذلك زيادة ، وإن قال : أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه ، أو أطول الطلاق أو أعرضه ، أو أقصره ، أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ، ولا نية له وقعت طلقة رجعية ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبوحنيفة فى جميعها يقع بائناً ، وقال صاحباه : إن قال مثل الجبل كانت رجعية ، وإن قال : مثل عظم الجبل كانت بائناً ، ووجه القولين ماتقدم ، ولأنه لايملك إيقاع البينونة ، فإنها حكم وليس ذلك إليه ، وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، فيملك مباشرة سببها فتثبت ، وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت .

ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه ، أو عليها ، وأغلظ لتعجلها ، أو لحب أحدهما صاحبه ، ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك ، وإن قال : أنت طالق أقصى الطلاق ، أو أكبره فكذلك فى قياس المذهب ، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا، لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ، ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين ، وإن قال : أتم الطلاق ، أو أكمله ، فواحدة إلا أنها تكون سنية ، لأنها أكمل الطلاق وأتمه .

٥٩٨٤ (فصل)

وإن قال:أنت طالق أكثر الطلاق،أوكله ، أو جميعه، أو منتهاه، أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا ، لأن هذا يقتضى عدداً ، ولأن الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة ، وأكثره ثلاث . وإن قال : كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث ، وقال أبوحنيفه : يقع واحدة بائناً ، لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لاعدد له .

ولنا : أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته ، والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه ، فأشبه الحصى ، وإن قال : يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال أنت طالق كمائة أو ألف فهى ثلاث . قال أحمد فيمن قال : أنت طالق كألف تطليقة فهى ثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعى . وقال أبوحنيفة وأبو يوسف : إن لم تكن له نية وقعت واحدة ، لأنه لم يصرح بالعدد ، وإنما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه [1] به .

ولنا : أن قوله كألف تشبيه بالعدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله : أنت طالق كعدد ألف ، وفى هذا انفصال عما قال . وإن قال : أردت أنها طالقة كألف فى صعوبتها دين ، وهل يقبل فى الحكم؟ يخرج على روايتين .

٥٩٨٥ (فصل)

وإن قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ، وقع طلقتان . وبهذا قال أبوحنيفة ، لأن مابعد الغاية

(١) فى النسخ (للشبه) والصواب (المشبه) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٣٢٧ (ف) .

لايدخل فيها كقوله تعالى « ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ »[(١)] وإنما يدخل إذا كانت بمعنى مع ، وذلك خلاف موضوعها ، وقال زفر : يقع طلقة ، لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله : بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يقع الثلاث ، لأنه نطق بها فلم يجز إلغاؤها .

ولنا : أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة ، فإنه يدل على أنه كان فيها ، وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ، ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز الطلاق بالشك . وإن قال : أنت طالق مابين واحدة وثلاث وقعت واحدة ، لأنها التى بينهما .

٥٩٨٦ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق طلقة فى اثنتين ، أو واحدة فى اثنتين ، ونوى به ثلاثا فهى ثلاث ، لأنه يعبر بفى عن مع كقوله : « فَادْخُلِي فِي عِبَادِي »[(٢)] فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين ، فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً حاسباً كان أو غير حاسب . وقال القاضى إذا كان عارفا بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لايبعد أن يريد بكلامه مايريده العامى[(٣)] ، وإن لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضى : إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو بلفظ الواحدة ومازاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع ، وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال أبوحنيفة لايقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما مالا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب ، وإنما حصل منه الإيقاع فى واحدة فوقعت دون غيرها .

ولنا : أن هذا اللفظ موضوع فى اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين . وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعى فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية ، فأما ما قاله أبو حنيفة فإنما ذلك فى وضع الحساب فى الأصل ثم صار مستعملا فى كل ماله عدد فصار حقيقة فيه ، فأما الجاهل بمقتضى ذلك فى الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفا إلى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربى ينطق بالطلاق بالعجمية[(٤)] وهو لا يعرف معناها ، ولم يفرق أصحابنا فى ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك

(١) سورة البقرة آية ١٨٧ (٢) سورة الفجر آية ٢٩ (٣) فى المخطوطة ١٨ : مايريد القاضى
(٤) فى المخطوطة ٣٩ بالأعجمية .

ممن لم عرف فى هذا اللفظ أولا . والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عُرْفهم أن « فى » ههنا بمعنى « مع » وقع به ثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه ، فإن نوى موجبه عنـد أهل الحساب فقال القاضى لا يلزمه مقتضاه كالعربى ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها . وهذا قول أ كثر أصحاب الشافعى لأنه إذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد[1] إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه .

٥٩٨٧ (فصـــل)

فإن قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعى يقع ثلاثا فى أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث .

ولنا : أن ما لفظ به قبل الإضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أ كثر مما بعده كقوله على درهم ، بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه ، قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره ، فلا يقع الزائد بالشك . قال أحمد : فإن قال : أنت طالق ، لا ، بل أنت طالق ، هى واحدة وهذا اختيار أبى بكر ، واختار القاضى : أنه يقع طلقتان ، لأنه أراد رفع الأولى ، وإيقاع الثانية ، فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية .

ووجه الأول : أنه لو قال له : على درهم بل درهم واحد ، كذا ههنا ، فعلى هذا القول إن نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان ، لأنه قصد إيقاع طلقتين بلفظين ، فوقع كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وذكر القاضى احتمالاً آخر : أنه لا يقع إلا طلقة ، لأن اللفظ موضوع لواحدة ، فلا يصح أن ينوى به اثنتين قال أحمد : ولو كان له امرأتان ، فقال لإحداهما : أنت طالق ، ثم قال للأخرى : لا ، بل أنت طالق ، طلقتا جميعاً . ووجهه : أنه أوقع طلاق الأولى ، ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى ، فوقع بها ، ولم يرتفع عن الأولى ، وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة ، لأن الطلقة يجوز أن تكون هى الثانية ، كرر الإخبار بها ، ولا يجوز فى المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الأخرى . ونظيره فى الإقرار ما لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم ، ولو قال له : على درهم بل دينار لزماه جميعاً .

ولو قال : أنت طالق واحدة ، بل هذه ثلاثا ، طلقت الأولى واحدة ، والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة ، بل ثلاثا ، طلقت واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، فلم يقع بها ما بعدها ، وإن قال : أنت طالق واحدة ، بل ثلاثا إن دخلت الدار ، ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق ، وإن نوى تعليق الثلاث فحسب وقعت الواحدة فى الحال ، وإن أطلق ففيه وجهان .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ لم يقصد .

أحدهما : يتعلق الجميع بالشرط ، لأنه بعدهما فيعود إليهما .

والثانى : تقع الواحدة فى الحال ، وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار ، لأنه إنما ذكر الشرط عقيبها فتختص به .

وإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، بل هذه ، فدخلت الأولى طلقتا ، وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما ، فإن قال : أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه ، لأنه محتمل لما قاله ، وإن قال : أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه ، لأنه محتمل لما قاله ، وكان طلاق الأولى وحدها معلقاً على دخول كل واحدة منهما .

٥٩٨٨ (فصـــــل)

إذا قال: أنت طالق طلقة لا تقع عليك، أو طالق لا أو طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك، أو طالق لا شىء، أو ليس بشىء ، طلقت واحدة ، لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه ، فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن قال ذلك خبراً فهو كذب ، لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت ، وهذا مذهب الشافعى . ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن قال : أنت طالق أولا ؟ لم يقع لأن هذا استفهام ، فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لإيقاع . ويخالف ما قبل ذلك فإنه إيقاع ، ويحتمل أن يقع ، لأن لفظه لفظ الإيقاع ، لا لفظ الاستفهام ، لكون الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها ، فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتى قبلها ، وان قال : أنت طالق واحدة أولا ، فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وهو قياس قول الشافعى ، وقال محمد يقع واحدة ، لأن قوله أولاً يرجع الى ما يليه من اللفظ ، وهو واحدة دون لفظ الإيقاع ، وليس بصحيح لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة ، فما اتصل بها يرجع إليها ، فصار كقوله : أنت طالق ، أو لا شىء .

٥٩٨٩ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق بعد موتى ، أو موتك ، أو مع موتى أو موتك ، لم تطلق ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفاً[1] لأنها تبين بموت أحدهما ، فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله ، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال : اذا مات أبى فأنت طالق ، فمات أبوه لم يقع الطلاق ، اختاره القاضى ، لأنه بالموت يملكها ، فينفسخ نكاحها بالملك ، وهو زمن الطلاق ، فلم يقع كما لو قال : أنت طالق مع موتى ، واختار أبو الخطاب أنه يقع ، لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك ، فيوجد الطلاق فى زمن الملك السابق على الفسخ، فيثبت حكمه ، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ، ثم اشتراها خرج على الوجهين، وإن قال الأب إذا مت فأنت حرة ، وقال الابن : إذا مات أبى فأنت طالق ، وكانت تخرج من

(١) فى المخطوطة ١٨ . خلافا

الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معاً، وإن لم تخرج من الثلث .فإن بعضها ينتقل إلى الورثة ، فيملك الابن جزءاً منها ينفسخ به النكاح ، فيكون كملك جميعها ، فى فسخ النكاح ، ومنع وقوع الطلاق . فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبنى على الإجازة هل هى تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فإن قلنا هى عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها ، فلم يقطع الطلاق وإن قلنا هى تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق .

وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق أبيه . فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة ، فهو كما لو لم يكن عليه دين فى فسخ النكاح ، وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ،وإن لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها فى فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه .

٥٩٩٠ (فصــــل)

فى مسائل تنبنى على نية الحالف وتأويله . إذا قال : إن لم تخبرينى بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق ، أو أكل تمرا فقال إن لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فإنها تعد له عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف ، فتعد ذلك كله ولا يحنث ، إذا كانت نيته ذلك ، وإن نوى الإخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك ، وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضاً لأن ظاهر حال الحلف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التى تنصرف اليمين إلى مسماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال : إن لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق ، فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتى قبلها ، وإن وقفت فى ماء جار فحلف عليها إن خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق ، فقال القاضى : قياس المذهب أنه يحنث ، إلا أن ينوى عين الماء الذى هى فيه ، لأن اطلاق يمينه يقتضى خروجها من النهر أو إقامتها فيه :

وقال أبو الخطاب : لا يحنث ، لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها ، وصارت فى غيره ، فلم يحنث ، سواء أقامت أو خرجت ، لأنها إنما تقف فى غيره ، أو تخرج منه ، وكذلك قال القاضى فى المجرد ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الأيمان عندهم تنبنى على اللفظ لا على القصد ، وكذلك قالوا لا يحنث فى هذه الأيمان السابقة كلها، ولو قال إن كانت امرأتى فى السوق فعبدى حر ، وإن كان عبدى فى السوق فامرأتى طالق ، فكانا جميعاً فى السوق ، فقيل : يعتق العبد ، ولا تطلق المرأة ، لأنه لما حنث فى اليمين الأولى عتق العبد ، فلم يبق له فى السوق عبد ، ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته ، كمن

قال : إن كلمت عبدى سعداً فأنت طالق ، ثم أعتقه وكلمته طلقت ، فكذلك ههنا ، لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة ، لأنه لم يبق له عبد فى السوق .

ولو كان فى فيها تمرة فقال : أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها ، فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث ، إلا على قول من قال : إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لإنسان فأحلفه ظالم أنه ليس لفلان عندك وديعة فإنه يحلف ما لفلان عندى وديعة ، وينوى بما (الذى)[1] ، ويبر فى يمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً فحلف عليها بالطلاق لتصدقنى أسرقت منى أم لا ؟ وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك ، وتعنى الذى سرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلاناً أولا ؟ فإنه يعنى برأيت أى ضربتُ رئته وذكرته أى قطعت ذكره . وما طلبت منه حاجة أى الشجرة التى حبسها الحاج ، ولا أخذت منه فَرُّوجاً يعنى القَباء ، ولا حصيراً وهو الحبس ، وأشباه هذا فتى لم يكن ظالماً فحلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه .

ولو كانت له امرأة على درجة فحلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ، ولا تقف عليها فإنها تنتقل عنها إلى سلم آخر ، وتنزل إن شاءت أو تصعد ، أو تقف عليه ، لأن نزولها إنما حصل من غيرها ، وإن كان فى يمينه ولا انتقلت عنها ، فإنها تحمل مكرهة ، ولو كان فى سلم وله امرأتان إحداهما فى الغرفة والأخرى فى البيت السفلانى ، فحلف لاصعدت الى هذه ولا نزلت إلى الأخرى ، فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ، ثم ينزل إن شاء أو يصعد .

٥٩٩١ (فصـــــــل)

قال عبد الله بن أحمد : سألت أبى عن رجل قال لامرأته : أنت طالق إن لم أجامعك اليوم ، وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم ؟ قال : يصلى العصر ، ثم يجامعها ، فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال فى رجل قال لامرأته : أنت طالق إن لم أطأك فى رمضان ، فسافر مسيرة أربعة أيام أوثلاثة ثم وطئها ؟ قال : لايعجبنى ، لأنها حيلة ، ولا تعجبنى الحيلة فى هذا ، ولا فى غيره . قال القاضى إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذى يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحاً ، وهذا لايقصد به غيرحل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ، ويباح له الفطر فيه ، لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح ، وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ، ليقصر فيها الصلاة ، ويفطر ، مع أنه لاقصد له سوى الترخص فههنا أولى .

---

(١) أى : انها إسم موصول بمعنى الذى .

كتاب الرجعـــه

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه : « وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ — إلى قوله — وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا[1] » والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى : « وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[2] أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن ، أي انقضاء عدتهن ، وأما السنة فما روى ابن عمر قال : « طلقت امرأتي وهي حائض ، فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال : مرة فليراجعها » متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال : « إن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها » وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث ، أو العبد إذا طلق دون الاثنتين ، أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر .

٥٩٩٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ والزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد ﴾

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها . وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا »[3] فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها ، وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها ، لا رجعة عليها ، ولا نفقة لها ، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب ، يتزوجها برضاها بنكاح جديد ، وترجع إليه بطلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره في قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقولة الله سبحانه : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »[4] وروت عائشة « أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٨ . (٢) سورة البقرة آية ٢٣١

(٣) سورة الأحزاب آية ٤٩ . (٤) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

فقالت : إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة . وأخذت بهدبة من جلبابها ، قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا ، وقال : لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك » متفق عليه ، وفى إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه . وجمهور أهل العلم على أنها لاتحل للأول حتى يطأها الزوج الثانى وطئاً يوجد فيه . التقاء الختانين ، إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : إذا تزوجها تزوجاً صحيحاً لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها الأول . قال ابن المنذر لانعلم أحداً من أهل العلم قال بقــول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه : «حَتى تنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه[1] » ومع تصريح النبى صلى الله عليه وسلم ببيان المراد من كتاب الله تعالى ، وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثانى عسيلتها وتذوق عسيلته ، لا يعرج على شىء سواه ، ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره ، مع ما عليه جلة أهل العلم ، منهم : على بن أبى طالب ، وابن عمر ، وابن عباس ، وجابر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . وممن بعدهم مسروق ، والزهرى ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، والأوزاعى ، وأهل الشام ، والشافعى ، وأبو عبيدة ، وغيرهم .

٥٩٩٣ (فصــــل)

ويشترط لحلها للأول ثلاثة شروط :

أحدها : أن تنكح زوجاً غيره ، فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها ، لقول الله تعالى : «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه »[2] وهذا ليس بزوج ، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل وطؤها فى قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى تحل له ، لأن الطلاق يختص الزوجية ، فأثر فى التحريم بها ، وقول الله تعالى : « فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه »[3] صريح فى تحريمها[4] ، فلا يعول على ما خالفه ، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً مباحاً ، فسقط هذا .

الشرط الثانى : أن يكون النكاح صحيحاً ، فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه . وبهذا قال الحسن ، والشعبى ، وحماد ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم : يحلها ذلك ، وهو قول الحكم ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً فى المذهب ، لأنه زوج فيدخل فى عموم النص ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن المحال والمحلل له ، فسماه محللا مع فساد نكاحه .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٤) فى المخطوطة ١٨ : التحريم .

ولنا : قول الله تعالى : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه » [1] وإطلاق النكاح يقتضى [النكاح] الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزوج الفاسد ، ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ، ولو أحل حقيقة ما لُعن ولا لعن المحلل له ، وإنما هذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم :[2] : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى : « يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عامًا[3] » . ولأنه وطء فى غير نكاح صحيح ، أشبه وطء الشبهة .

الشرط الثالث : أن يطأها فى الفرج ، فلو وطئها دونه أو فى الدبر لم يحلها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الحل على ذوق العسيلة منهما ، ولا يحصل إلا بالوطء فى الفرج ، وأدناه تغييب الحشفة فى الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق به . ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له ، لأن الحكم يتعلق بذواق العسيلة ، ولا تحصل من غير انتشار ، وإن كان الذكر مقطوعاً فإن بقى منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا . فإن كان خصياً أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه ، لأنه يطأ كالفحل ، ولم يفقد إلا الإنزال ، وهو غير معتبر فى الإحلال ، وهذا قول الشافعى .

قال أبو بكر : وقد روى عن أحمد فى الخصىّ أنه لا يحلها ، فإن أبا طالب سأله فى المرأة تتزوج الخصي [4] تستحل به ؟ [زوجها] قال : لا ، خصي يذوق العسيلة ؟ قال أبو بكر : والعمل على ماروواه مهنا : أنها تحل ، زوجه الأول : أن الخصي لا يحصل منه الإنزال ، فلا ينال لذة الوطء ، فلا يذوق العسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال : ذلك ، لأن الخصي فى الغالب لا يحصل منه الوطء ، أو ليس بمظنة الإنزال ، فلا يحصل بوطئه ، كالوطء من غير انتشار .

٥٩٩٤ (فصـــــل)

واشترط أصحابنا : أن يكون الوطء حلالا ، فإن وطئها فى حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما ، أو أحدهما صائم فرضا لم تحل . وهذا قول مالك ، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى ، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة ، وظاهر النص حلها ، وهو قوله تعالى : «حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيْرَه»[5]. وهذه قد نكحت زوجاً غيره ، وأيضاً قوله عليه السلام : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ، ولأنه وطء فى نكاح صحيح فى محل الوطء ، على سبيل التمام ، فأحلها كالوطء الحلال ، وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة ، أو وطئها مريضة [بحيث] يضرها الوطء ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعى .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ . (٢) أخرجه الترمذى عن صهيب . (٣) سورة التوبة آية ٣٧ .
(٤) فى المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : خصيا . (٥) سورة البقرة آية ٢٣٠

وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، سواء وطئها في حال ردتهما أو ردتها ، أو وطيء المرتد المسلمة[1] ، لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير نكاح ، وإن عاد إلى الإسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام ، لأن سبب البينونة حاصل فيه ، وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر ، لم يحلها لذلك .

٥٩٩٥ (فصـــل)

فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها ، وبذلك قال عطاء ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم لهم مخالفا ، ولأنه دخل في عموم النص ، ووطؤه كوطء الحر ، وإن تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم ، إلا مالكا ، وأبا عبيد ، فإنهما قالا : لا يحلها ، ويروى ذلك عن الحسن ، لأنه وطء من غير بالغ ، فأشبه وطء الصغير .

ولنا : ظاهر النص ، وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح ، فأشبه البالغ . ويخالف الصغير ، فإنه لا يمكن الوطء منه ، ولا تذاق عسيلته ، قال القاضي : ويشترط أن يكون له إثنا عشر سنة ، لأن من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ، ولا معنى لهذا ، فإن الخلاف في المجامع ، ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود ، فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها ، وتقديره بمجرد الرأي والتحكم . وإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم . نص عليه أحمد ، وقال : هو زوج ، وبه تجب الملاعنة والقسم ، وبه قال الحسن ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال ربيعة ، ومالك : لا يحلها .

ولنا : ظاهر الآية ، ولأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام ، أشبه وطء المسلم ، وإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبد الله بن حامد : لا يحلها ، لأنه لا يذوق العسيلة .

ولنا : ظاهر الآية ، ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح ، أشبه العاقل ، وقوله : لا يذوق العسيلة لا يصح ، فإن الجنون إنما هو تغطية العقل . وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم . لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ، ولا بوطء مجنونة في هذه الحال ، لأنه لا يذوق العسيلة ، ولا تحصل له لذة ، ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذه حاله . فلا يكون ههنا اختلاف ، ولو وطىء مغمى عليها[2] أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكاه ابن المنذر ، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم .

---

(١) في المخطوطة ١٨ : مسلمة . (٢) في المخطوطة ٣٩ : المغمى عليها .

٥٩٩٦ (فصـــل)

ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبيه ، أو ظنها جاريته فوطئها فإذا هى امرأته أحلها ، لأنه صادف نكاحاً صحيحاً . ولو وطئها فأفضاها ، أو وطئها وهى مريضة تتضرر بوطئه أحلها ، لأن التحريم ههنا لحقها ، وإن استدخلت[1] ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل ، لأنه لا يذوق عسيلتها ، ويحتمل أن تحل ، لعموم الآية والله أعلم .

٥٩٩٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت فى العدة ﴾

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضى بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت فى عدتها ، وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرنا فى أول الباب . وإن طلق الحر امرأته الأمة فهو كطلاق الحرة ، إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى ، وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال ، فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحرة .

٥٩٩٨ (فصـــل)

ولا يعتبر فى الرجعة رضى المرأة لقول الله تعالى : « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا »[2] فجعل الحق لهم وقال سبحانه : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[3] فخاطب الأزواج بالأمر ، ولم يجعل لهن اختياراً ، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها فى ذلك ، كالتى فى صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا .

٥٩٩٩ (فصـــل)

والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع ، وإن خالعها صح خلعه ، وقال الشافعى فى أحد قوليه . لا يصح ، لأنه يراد للتحريم وهى محرمة .

ولنا : أنها زوجة صح طلاقها ، فصح خلعها ، كما قبل الطلاق ، وليس مقصود الخلع التحريم ، بل الخلاص من مضرة الزوج ، ونكاحه الذى هو سببها ، والنكاح باق ، ولا نأمن رجعته ، وعلى أننا نمنع كونها محرمة .

٦٠٠٠ (فصـــل)

وظاهر كلام الخرقى أن الرجعية محرمة لقوله : « وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً ؟ فهو متيقن للتحريم

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ أدخلت (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٣١

شاك فى التحليل . وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا . وهو مذهب الشافعى ، وحكى ذلك عن عطاء ، ومالك ، وقال القاضى : ظاهر المذهب أنها مباحة . قال أحمد فى رواية أبى طالب : لا تحتجب عنه . وفى رواية أبى الحارث : تتشرف له ما كانت فى العدة . فظاهر هذا أنها مباحة له ، له أن يسافر بها ، ويخلو بها ، ويطؤها . وهذا مذهب أبى حنيفة لأنها فى حكم الزوجات ، فأبيحت له كما قيل فى الطلاق .

ووجه الأولى أنها طلقة واقعة ، فأثبتت التحريم كالتى بعوض ، ولا خلاف فى أنه لا حد عليه بالوطء . ولا ينبغى أن يلزمه مهر ، سواء راجع أو لم يراجع ، لأنه وطىء زوجته التى يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق مالو وطىء الزوج بعد إسلام أحدهما فى العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر فى العدة لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما ، وهى فرقة فسخ تبين به من نكاحه ، فأشبهت التى أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه . وفى مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا ، وقال أبو الخطاب : إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها ، وهو المنصوص عن الشافعى ، لأنه وطء حرمه الطلاق ، فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر ، فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الأجنبية فى الوطء وأحكامه بعيد .

٦٠٠١ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث ﴾

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها ، فإن طلقها ثانية فلا رجعة له ، سواء كانت امرأته حرة أو أمة ، لأن طلاق العبد اثنتان . وفى هذا خلاف ذكرناه فيما مضى .

٦٠٠٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها مالم تضع الثانى ﴾

هذا قول عامة العلماء ، إلا أنه حكى عن عكرمة أن العدة تنقضى بوضع الأول ، وما عليه سائر أهل العلم أصح ، فإن العدة لا تنقضى إلا بوضع الحمل كله ، لقول الله تعالى : « وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »[1] واسم الحمل متناول لكل مافى البطن[2] فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقى الحمل، فتبقى الرجعة ببقائها ، ولو انقضت العدة بوضع الحمل لحل لها التزويج وهى حامل من زوج آخر ، ولا قائل به . وأظن أن قتادة ناظر عكرمة فى هذا فقال عكرمة تنقضى عدتها بوضع أحد الولدين ، فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال . لا . قال : خصم العبد . ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح . لأنها لم تضع جميع حملها ، فصارت كمن ولدت أحد الولدين .

(١) سورة الطلاق آية ٤ (٢) فى المخطوطة ٢٠ يتناول كل مافى البطن .

٦٠٠٣ (فصـــــــل)

إذا انقطع حيض المرأة فى المرة الثالثة ولما تغتسل . فهل تنقضى عدتها بطهرها ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد .

إحداهما : لا تنقضى عدتها حتى تغتسل ، ولزوجها رجعتها فى ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه قال فى العدة : فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج ، وهذا قول كثير من أصحابنا . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وسعيد بن المسيب ، والثورى ، وأبى عبيد . وروى نحوه عن أبى بكر الصديق ، وأبى موسى ، وعبادة ، وأبى الدرداء . وروى عن شريك : له الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة . ووجه هذا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم ، فيكون إجماعا ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل ، وكذلك هذا .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضى بمجرد الطهر قبل الغسل . وهو قول طاوس ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعى ، واختاره أبو الخطاب ، لقوله تعالى « والمطلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ[1] » والقرء : الحيض . وقد زالت ، فيزول التربص ، وفيما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « وقرء الأمة حيضتان[2] » . وقال : « دعى الصلاة أيام أقرائك[3] » . يعنى : أيام حيضك . ولأن انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج ، وحلها لغيره ، فلم يتعلق بفعل اختيارى من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ، ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل ، إما أن يقال بقول شريك : أنها تبقى معتدة ، ولو بقيت عشرين سنة . وذلك خلاف قول الله : « ثلاثة قروء » فإنها تصير عدتها أكثر من مائتى قرء ، أو يقال : تنقضى العدة قبل الغسل ، فيكون رجوعا من قولهم ، ويحمل قول الصحابى فى قولهم حتى تغتسل ، أى يلزمها الغسل .

٦٠٠٤ (فصـــــــل)

إذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحملت من الزوج الثانى انقطعت عدتها من الأول بوطء الثانى . وهل يملك الزوج رجعتها فى عدة الحمل ؟ يحتمل وجهين .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) أخرج الدارقطنى عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « طلاق العبد اثنتان وقرء الأمة حيضتان » وهو ضعيف (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود والنسائى من حديث فاطمة بنت أبى حبيش (ف)

أولاهما : أنه له رجعتها ، لأنها لم تنقض عدتها ، فحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض ، فهو كما لو وطئت فى صلب نكاحه ، فإنها تحرم عليه ، وتبقى سائر أحكام الزوجية ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته ، فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها فى أثناء عدتها .

والوجه الثانى : ليس له رجعتها ، لأنها ليست فى عدته ، فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثانى . وبنت على ما مضى من عدة الأول ، وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ، ولو كانت فى نفاسها ، لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول ، وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً . فإن له رجعتها فى حيضتها ، وإن كانت لا تعتد بها ، وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذى لا يملك رجعتها فى حملها من الثانى إذا راجعها فى هذا الحمل . ثم بان أنه من الثانى لم يصح ، وإن بان من الأول احتمل أن يصح ، لأنه راجعها فى عدتها منه .

واحتمل ألا يصح ، لأنه راجعها مع الشك فى إباحة الرجعة . والأول أصح ، فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك فى صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات ، فإن كل صلاة يشك فى أنها هل هى المنسية أو غيرها . ولو شك فى الحدث فتطهر ينوى رفع الحدث صحت طهارته . وارتفع حدثه فهنا أولى ، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثانى . صحت رجعته ، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة ، لأن العدة انقضت بوضعه .

٦٠٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين : اشهدا أنى قد راجعت امرأتى ، بلا ولى يحضره ، ولا صداق يزيده ، وقد روى عن أبى عبدالله رحمه الله رواية أخرى : أنه تجوز الرجعة بلا شهادة ﴾

وجملته : أن الرجعة لا تفتقر إلى ولى ولا صداق ، ولا [إلى] رضى المرأة ولا علمها ، بإجماع أهل العلم ، لما ذكرنا من أن الرجعية فى أحكام الزوجات ، والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ، ولهذا سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكا ، وتركها فراقا وسراحاً ، فقال : « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ[1] » وفى آية أخرى : « فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»[2] وإنما تشعث النكاح بالطلقة ، وانعقد بها سبب زواله ، فالرجعة تزيل شعثه ، وتقطع مضيه إلى البينونة ، فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح ، فأما الشهادة ففيها روايتان .

إحداهما : تجب ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لأن الله تعالى قال : «فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُم »[3] وظاهر الأمر الوجوب ، ولأنه استباحة بضع مقصود ، فوجبت الشهادة فيه كالنكاح ، وعكسه البيع .

(١) سورة الطلاق آية ٢ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٣) سورة الطلاق : ٢

والرواية الثانية : لا تجب الشهادة ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول مالك ، وأبى حنيفة . لأنها لا تفتقر إلى قبول ، فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن ما لا يشترط فيه الولى لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع ، وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الإشهاد . فإن قلنا هى شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح ، لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الإقرار بها ، إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح .

٦٠٠٦ (فصـــل)

وظاهر كلام الخرق : أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول بقوله : « المراجعة أن يقول » وهـــذا مذهب الشافعى ، لأنها استباحة بضع مقصود ، أمر بالإشهاد فيه ، فلم تحصل من القادر بغير قول كالنكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول ، فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق ، وهـذا إحدى الروايتين عن أحمد .

والرواية الثانية : تحصل الرجعة بالوطء ، سواء نوى به الرجعة[1] أو لم ينو ، اختارها ابن حامد والقاضى وهو قول سعيـــد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، وابن أبى ليلى ، وأصحاب الرأى . قال بعضهم : ويشهد ، وقال مالك ، وإسحاق : تكون رجعة إذا أراد به الرجعة ، لأن هذه مدة تفضى إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الإيلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ، ومعه خيار ، فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيعة فى مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به ، كما ينقطع به التوكيل فى طلاقها ، وإن قلنـــا هو محرم لم تحصل الرجعة به ، لأنه فعل محرم ، فلا يكون سبباً للحل كوطء الحالل .

٦٠٠٧ (فصـــل)

فأما إن قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه ، فالمنصوص عن أحمـد أنه ليس برجعة ، وقال ابن حامد : فيه وجهان .

أحدهما : هو رجعة ، وهـذا قول الثورى ، وأصحاب الرأى ، لأنه استمتاع يستباح بالزوجية[1] ، فحصلت الرجعة به كالوطء .

والثانى : أنه ليس برجعة ، لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر ، فلا تحصل به الرجعة كالنظر .

---

(١) فى ٣٩ : رجعة .

(٢) فى النسخ (بالزوجة) والصواب بالزوجية كما فى الشرح الكبير ص ٤٧٦ (ف) .

فأما الخلوة بها فليس[1] برجعة ، لأنه ليس باستمتاع ، وهذا اختيار أبى الخطاب ، وحكى عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به ، لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع. والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها ، لأنها لا تبطل اختيار المشترى للأمة ، فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير[2] شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز فى غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها .

٦٠٠٨ (فصـــــــل)

فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك ، وارتجعتك ، ورددتك ، وأمسكتك ، لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه : (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ)[3] وقال : (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)[4] يعنى الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبى صلى الله عليه وسلم[5] « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا فى صريح الطلاق ، والاحتياط أن يقول : راجعت امرأتى إلى نكاحى أو زوجتى أو راجعتها لما وقع عليها من طلاق ، فإن قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست بنكاح ، وهل تحصل به الرجعة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تحصل به الرجعة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية كالنكاح . والثانى : تحصل به الرجعة أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد لأنه تباح به الأجنبية فالرجعية أولى . وعلى هذا يحتاج أن ينوى به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق .

٦٠٠٩ (فصـــــــل)

فإن قال راجعتك للمحبة أو قال للإهانة أو قال أردت أننى راجعتك لمحبتى إياك أو إهانة لك صحت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قال أردت أننى كنت أهنتك ، أو أحبك ، وقد رددتك بفراق إلى ذلك ، فليس برجعة . وإن أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضى ، لأنه أتى بصريح الرجعة ، وضم إليه ما يحتمل أن يكون بياناً لسببها ، ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك ، وهذا مذهب الشافعى .

---

(١) فى ٢٠ : فليست . (٢) فى ٢٠ : بغير .
(٣) سورة البقرة : ٢٢٨ . (٤) سورة الطلاق : ٢
(٥) رواه الجماعة إلا البخارى من حديث ابن عمر (ف) .

٦٠١٠ (فصـــــــل)

ولا يصح تعليق الرجعة على شرط ، لأنه استباحة فرج مقصود ، فأشبه النكاح ، ولو قال : راجعتك إن شئت لم يصح كذلك ، ولو قال : كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح كذلك ، ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة ، فأشبه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال : إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح ، لأنه تعليق على شرط .

٦٠١١ (فصـــــــل)

فإن راجعها فى الردة من أحدهما فذكر أبو الخطاب أنه لا يصح ، وهو صحيح مـذهب الشافعى ، لأنه استباحة بضع مقصود ، فـلم يصح مع الردة كالنـكاح ولأن الرجعة تقرير النـكاح ، والردة تنافى ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضى : إن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة ، لأنها قد بانت بها ، وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعـة موقوفة ، إن أسلم المرتد منهما فى العدة صحت الرجعـة ، لأننا تبينا أنه ارتجعها فى نـكاحه ، ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة ، كما لو لم يطلق ، وإن لم يسلم فى العـدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة ، وهذا قول المزنى ، واختيار أبى حامد ، وهـذا ينبغى أن يكون فيما إذا راجعها بعـد إسلام أحدهما .

٦٠١٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : قد ارتجعتك فقالت : قد انقضت عدتى قبـل رجعتك فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها فى مدة يمكن انقضاؤه فيها قبل قولها ، لقول الله تعالى « ولاَ يَحِلُ لَهُنَّ أنْ يَـكْتُمْنَ ما خَلَقَ الله فى أرْحَامِهِنّ »[1] قيل فى التفسير هو الحيض والحمل ، فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ، ولأنه أمر تختص بمعرفته ، فـكان القول قولها فيه ، كالنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية ، أو أمر لا يعرف إلا من جهتها ، فقبل قولها فيـه ، كما يجب على التابعى قبول خبر الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما ما تنقضى به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام .

٦٠١٣ القسم الأول

أن تدعى انقضاء عـدتها بالقروء ، وأقل ذلك ينبنى على الخـلاف فى أقل الطهر بين الحيضتين ، وعلى الخلاف فى القروء ، هل هى الحيض أو الأطهار ؟ فإن قلنـا : هى الحيض ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما ، فأقل ما تنقضى به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة ، وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ، ثم تحيض بعده يوما وليلة ، ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ، ثم تحيض يوما وليـلة ، ثم

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض ، وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلابد منها لمعرفة انقطاع حيضها ، ولو صادفتها رجعه لم تصح .

ومن اعتبر الغسل فى قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض .

وإن قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضى به العدة ثلاثة وثلاثون يوما ولحظة تزيد أربعة أيام فى الطهرين . وإن قلنا القروء الأطهار ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً ، فإن عدتها تنقضى بثمانية وعشرين يوماً لحظتين ، وهو أن يطلقها فى آخر لحظة من طهرها ، فتحتسب بها قرءاً ، ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما،وبينهما حيضتين يومين ، فإذا طعنت فى الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها

وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام فى الطهرين ، فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين : وهذا قول الشافعى ، فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الأول ، وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثانى ، وبأربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث ، وستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع ، فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء فى أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لأنه لا يحتمل صدقها .

وإن ادعت انقضاء عدتها فى أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة . لأن شريحاً قال : إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض فى شهر ، وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث ، وتغتسل عند كل قرء وتصلى ، فقد انقضت عدتها ، وإلا فهى كاذبة ، وقال له على بن أبى طالب : قالون ، ومعناه بالرومية أصبت ، أو أحسنت ، فأخذ أحمد بقول على فى الشهر ، فإن ادعت ذلك فى أكثر من شهر صدقها على حديث . [1]« إن المرأة ائتمنت على فرجها » ، ولأن حيضها فى الشهر ثلاث حيض يندر[2] جداً ، فرجح ببينة ، ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه ، فقبل قولها من غير بينة ، وقال الشافعى : لا يقبل قولها فى أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين ، ولا يقبل فى أقل من ذلك بحال ، لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك .

وقال النعمان[3] : لا تصدق فى أقل من ستين يوماً ، وقال صاحباه : لا تصدق فى أقل من تسعة وثلاثين يوماً ، لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام ، فثلاث حيض تسعة أيام ، وطهران ثلاثون يوماً ،

---

(١) فى تفسير القرطبى ج٣ ص ١١٨ « قال سليمان بن يسار : لم نؤمر أن نفتح النساء فننظر إلى فروجهن ولكن وكل ذلك إليهن إذا كن مؤتمنات » اه ولم أعثر عليه مرفوعا (ف) .

(٢) فى ٣٩ : نادر . (٣) فى ٢٠ : أبو حنيفة .

والخلاف فى هذا ينبنى على الخلاف فى أقل الحيض وأقل الطهر ، وفى القروء ما هى وقد سبق .

ومما يدل عليه فى الجملة قبول على وشريح بينتها على انقضاء عدتها فى شهر ، ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ، ولا سمعت فيه دعوى ، ولا يتصور إلا بما قلناه ، فأما إن ادعت انقضاء العدة فى أقل من ذلك لم تسمع دعواها ، ولا يصغى إلى بينتها ، لأننا نعلم كذبها ، فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا ، فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها ، لأنها تدعى محالا ، وإن ادعت أنها انقضت عدتها فى هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها ، لأنه أمكن صدقها ، ولا فرق فى ذلك بين الفاسقة والمرضية ، والمسلمة والكافرة ، لأن ما يقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله ، كإخباره عن بينة فيما تعتبر فيه بينة .

٦٠١٤ (القسم الثانى)

أن تدعى انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعى وضع الحمل التام ، أو أنها أسقطته قبل كماله ، فإن ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها فى أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد ، لأنه لا يكمل فى أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها فى أقل من ثمانين يوماً من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح ، لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً ، لأنه يكون نطفة أربعين يوماً ، ثم يكون علقة أربعين يوماً ، ثم يصير مضغة بعد الثمانين . ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضغة بحال وهذا ظاهر قول الشافعى .

٦٠١٥ (القسم الثالث)

أن تدعى انقضاء عدتها بالشهور ، فلا يقبل قولها فيه ، لأن الخلاف فى ذلك ينبنى على الاختلاف فى وقت الطلاق ، والقول قول الزوج فيه ، فيكون القول قوله فيما ينبنى عليه إلا أن يدعى الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها ، مثل أن يقول [لها] : طلقتك فى شوال ، فتقول هى : بل فى ذى الحجة ، فالقول قولها ، لأنه يدعى ما يسقط النفقة ، والأصل وجوبها ، فلا يقبل إلا ببينة . ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها ، لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ .

ولو انعكست الدعوى فقال : طلقتك فى ذى الحجة فلى رجعتك ، فقالت بل طلقتنى فى شوال فلارجعة لك ، فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء نكاحه ، ولأن القول قوله فى إثبات الطلاق ونفيه ، فكذلك فى وقته .

إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقى : عليها اليمين ، وهو قول الشافعى ، وأبى يوسف ، ومحمد وقد أومأ إليه أحمد ، فى رواية أبى طالب .

وقال القاضى : قياس المذهب ألا[1] يجب عليها يمين وقد أومأ إليه أحمد ، فقال : لا يمين فى نكاح ولا طلاق وهو قول أبى حنيفة ، لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود . والأول أولى ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «اليمين على المدعى عليه»[2] ولأنه حق آدمى يمكن صدق مدعيه ، فيجب اليمين فيه كالأموال فإن نكلت عن اليمين فقال القاضى : لا يقضى بالنكول ، لأنه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج ، وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعى ، وذلك لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج ، وقوى جانبه ، واليمين تشرع فى حق من قوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق المدعى عليه ، لقوة جانبه باليد فى العين ، والأصل براءة الذمة فى الدين ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٠١٦ (فصل)

وإذا ادعى الزوج فى عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى وغيرهم ، وإن قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتك فى عدتك ، فأنكرته فالقول قولها بإجماعهم ، لأنه ادعاها فى زمن لا يملكها ، والأصل عدمها وحصول البينونة ، فإن كان اختلافهما فى زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتى فقال قد كنت راجعتك فأنكرته ، لم يقبل قوله ، لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بإنقضاء عدتها ، فلم تقبل .

فإن سبقها بالدعوى فقال : قد كنت راجعتك أمس ، فقالت قد انقضت عدتى قبل دعواك ، فالقول قوله ، لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها فى زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك فى إبطاله . ولو سبق فقال : قد راجعتك فقالت: قد انقضت عدتى قبل رجعتك فأنكرها ، فقال القاضى القول قوله ، لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعى ، وظاهر كلام الخرقى أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته ، وهو وجه ثان لأصحاب الشافعى ، لأن الظاهر البينونة ، والأصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ، ولأن من قبل قوله سابقاً قبل قوله مسبوقا ، كسائر من يقبل قوله .

ولهم وجه ثالث : أن القول قول الزوج بكل حال ، لأن المرأة تدعى ما يرفع النكاح ، وهو ينكره ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى المُولِي والعِنِّينُ إصابة امرأته فأنكرته . وهذا لا يصح ، فإنه قد انعقد سبب البينونة ، وهو مفض إليها مالم يوجد مايرفعه ، ويزيل حكمه ، والأصل عدمه ، فكان القول قول من ينكره ، بخلاف ما قاسوا عليه . وإن وقع القول منهما جميعاً فلا رجعة ، لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ أنه لا يجب (٢) سبق تخريجه قريبا

بعدها ، فيكون قوله بعد العدة ، فلا يقبل ، قال أبو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما ، فيكون القول قول من تقع له القرعة ، والصحيح الأول .

٦٠١٧ (فصـــل)

وإن اختلفا فى الإصابة ، فقال : قد أصبتك فلى رجعتك ، فأنكرته أو قالت : قد أصابنى ، فلى المهر كاملا ، فالقول قول المنكر منهما ، لأن الأصل ، معه فلا يزول إلا بيقين ، وليس له رجعتها فى الموضعين ، لأنه أنكر الإصابة ، فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها ، وإن أنكرتها هى فالقول قولها ، ولا تستحق إلا نصف المهر فى الوضعين ، لأنها إن أنكرتها فهى مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر ، وإن أنكرها فالقول قوله . هذا إن كان غير مقبوض . فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء ، لأنه يقر لها به ولا يدعيه ، وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه . وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى .

فإن قيل : فلم قبلتم قول المولِي والعنين فى الإصابة ، ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا . لأن المولى والعنين يدعيان ما يُبْقى النكاح على الصحة ، ويمنع فسخه ، والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقاً للأصل فقبل ، وفى مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو ماوالى[1] بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم للطلاق ويثبت له الرجعة ، والأصل عدم ذلك ، فكان قوله مخالفاً للأصل ، فلم يقبل ، ولأن المولى والعنين يدعيان الإصابة فى موضع تحققت فيه الخلوة والتمكن من الوطء ، لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعد الوطء ، فكان الاختلاف فيما يختص به ، وفى مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين ، لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا ، فكان الاختلاف فى أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة . وهل يشرع اليمين فى حق من القول قوله ههنا ؟ على وجهين .

٦٠١٨ (فصـــل)

والخلوة كالإصابة فى إثبات الرجعة للزوج على المرأة التى خلا بها فى ظاهر قول الخرقى ، لقوله : حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها . وهذا قول الشافعى فى القديم ، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها ، وبه قال النعمان وصاحباه ، والشافعى فى الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التى خلا بها .

ولنا . قوله تعالى[2] (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قُروء ولا يحلُّ لهن أن يكتُمْنَ ما خَلق الله فى أرحَامِهِنَّ — إلى قوله — وبُعُولتهنَّ أحقُّ بِرَدِّهِنَّ فى ذَلِك) ولأنها معتدة من طلاق لا عوض فيه ،

(١) فى الشرح الكبير ج٨ ص ٤٩٠ بلفظ (وهو مار إلى بينونته) (ف)
(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

ولم تستوف عدده ، فثبتت عليها الرجعة كالإصابة ولأنها معتدة يلحقها طلاقة ، فملك رجعتها كالتى أصابها . وفارق التى لم يخل بها ، فإنها بائن منه لا عدة لها ، ولا يلحقها طلاقه ، وإنما تكون الرجعة للمعتدة التى يلحقها طلاقه .

٦٠١٩ (فصـــل)

وإن ادعى زوج الأمة بعد عدتها أنه كان راجعها فى عدتها ، فكذبته وصدقه مولاها فالقول قولها ، نص عليه أحمد ، وبذلك قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال أبو يوسف ، ومحمد القول قول الزوج ، وهو أحق بها لأن إقرار مولاها مقبول[1] فى نكاحها ، فقبل قوله فى رجعتها ، كالحرة إذا أقرت .

ولنا : أن قولها فى انقضاء عدتها مقبول ، فقبل فى إنكارها للرجعة كالحرة، ولأنه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح ، فيكون المنازع هى دون سيدها كما لو اختلفا فى الإصابة ، وإنما قبل قول السيد فى النكاح لأنه يملك إنشاءه ، فملك الإقرار به ، بخلاف الرجعة ، وإن صدقته هى وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها ،لأن حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها ، فلم يقبل قولها فى إبطال حقه ، كما لو تزوجت ثم أقرت أن ومطلقها كان راجعها ، ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها ، كالتى تزوجت ، فإنه يقبل إنكارها لا يقبل تصديقها .

إذا ثبت هذا : فإن مولاها إذا علم صدق الزوج فى رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها ، وإن علمت هى صدق الزوج فى رجعتها فهى حرام على سيدها ، ولا يحل لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها .

٦٠٢٠ (فصـــل)

ولو قالت : انقضت عدتى ثم قالت : ما انقضت بعد فله رجعتها ، لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها ، فقبل إقرارها ، ولو قال . أخبرتنى بانقضاء عدتها ثم راجعتها ، ثم أقرت بكذبها فى انقضاء عدتها ، وأنكرت ماذكر عنها وأقرت بأن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة ، لأنه لم يقر بانقضاء عدتها ، وإنما أخبر بخبرها عن ذلك ، وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه .

٦٠٢١ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على مامضى من العدة ﴾

---

(١) فى المخطوطة . ٢ يقبل .

وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعى ، وله قول ثان : أنها تستأنف العدة ، لأنها طلقة واقعة فى حق مدخول بها ، فاقتضت عدة كاملة كالأولى .

ولنا : أنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة ، فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما ، أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها ، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب فى أحدهما ، أو لعتقها تحت عبد ، أو غيره ، أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين ، أو غير ذلك ، لأن الفسخ فى معنى الطلاق.

٦٠٢٢ (فصل)

وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان.

إحداهما : تبنى على ما مضى من العدة[1]. نقلها الميمونى ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول عطاء ، وأحد قولى الشافعى ، لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها ، فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعها ، ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول ، فلم يجب بالطلاق منها عدة ، كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول .

والثانية : تستأنف العدة ، نقلها ابن منصور ، وهى أصح ، وهذا قول طاوس ، وأبى قلابة ، وعمرو ابن دينار ، وجابر ، وسعيد بن عبد العزيز ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وابن المنذر وقال الثورى : أجمع الفقهاء عن . هذا .

وحكى أبو الخطاب عن مالك : إن قصد الإضرار بها بنت ، وإلا استأنفت ، لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح ، بقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا[2] » والذى قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح

ولنا : أنه طلاق فى نكاح مدخول بها فيه ، فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق . وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح ، والرجعة لمت شعثه ، وقطعت عمل الطلاق ، فصار الطلاق الثانى فى نكاح غير مشعث ، مدخول بها فيه ، فأوجب عدة كالأول و كما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها ، فإنها تستأنف عدة ، كذا ههنا .

ويفارق الطلاق قبل الرجعة ، فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة ، فإن رجعها ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم ، لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطىء .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ من عدتها

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

٦٠٢٣ (فصـــــل)

وإن خالع زوجته ، أو فسخ النـكاح ثم نـكحها فى عدتها[1] ، ثم طلقها ، فإن كان دخـل بها فعليها العدة بلا خلاف ، لأنه طلاق فى نـكاح مدخول بها فيه ، لم يتقدمه طلاق سواه . وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى فى الصحيح من المذهب ، وعنه أنها تستأنف العدة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فههنا أولى .

ولنـا : أنه طلاق من نـكاح لم يصبها فيه ، فلم تجب به عدة ، كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها . وفارق الرجعة ، لأنها ردت المرأة إلى النـكاح الأول ، فـكان الطلاق الثانى فى نـكاح اتصل به الدخول ، وهذا النـكاح جديد بعد البينونة من الأولى ، ولم يوجد فيه دخول ، فأشبه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الأولى فلأنها إنما قطع حكمها النـكاح ، وقد زال فيعود إليها .

ولو أسلمت زوجته ثم أسلم فى عدتها ، أو أسلم هو ثم أسلمت هى فى عدتها ، وطلقها قبل وطئه أو بعده ، أو ارتدت ثم أسلمت ، ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف ، لأنه طلاق فى نـكاح وطىء فيه ، أشبه الطلاق فى النـكاح الأول .

٦٠٢٤ (فصـــــل)

ومتى وطىء الرجعية وقلنـا : إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق ، لأنهما عدتان من رجل واحد ، فتداخلتا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ، وله ارتجاعها فى بقية العدة الأولى ، لأنها عدة من الطلاق ، فإذا مضت البقية لم يـكن له ارتجاعها فى بقية عدة الوطء ، لأنها عدة من وطء شبهة ، فإن حبلت[2] من الوطء صارت فى عدة الوطء ، وتدخل فيها البقية الأولى ، ولأنهـا عدتان لواحد ، فأشبـه مالو كانا بالأقراء ، وتنقضى العدتان جميعاً بوضع الحمل ، لأنه لا يتبعض ، وله مراجعتها قبل وضعه ، لأنها فى عدة من الطلاق . ويحتمل أن لا يتداخلا ، لأنهما من جنسين ، فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة ، وهل له رجعتها فى مدة الحمل ؟ على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان ، فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق ، وله ارتجاعها فى هذه البقية ، لأنها من عدة الطلاق ، ولو طلقها حاملا ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً ، ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ، ولا رجعة له بعد وضع الحمل فى هذه الصورة بكل حال . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ماذكرنا سواء .

---

(١) فى المخطوطة : ٣٩ فى العدة .

(٢) فى المخطوطة ٢ : حملت.

٦٠٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لاتعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ، ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين ، والأخرى هي زوجة الثاني ﴾

وجملة ذلك : أن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لاتعلم صحت المراجعة ، لأنها لاتفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها ، فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ، ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها ، وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته ، وأن نكاح الثاني فاسد ، لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها ، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه .

وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية ثانية : إن دخل بها فهي امرأته ، ويبطل نكاح الأول . روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو قول مالك ، وروى معناه عن سعيد بن المسيب ، وعبد الرحمن ابن القاسم ، ونافع ، لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ، ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها .

ولنا : أن الرجعة قد صحت ، وتزوجت وهي زوجة الأول ، فلم يصح نكاحها ، كما لو لم يطلقها . فإذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما ، وردت إلى الأول ، ولا شيء على الثاني . وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل ، لأن هذا وطء شبهة ، وتعتد ، ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه ، وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب . وهو إحدى الروايتين عن مالك وأما إن تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف ، والوطء محرم على من علم منهما ، وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره ، لأنه وطيء امرأة غيره مع علمه .

فأما إن لم يكن لمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ، ولكن إن أنكراه جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما ، وإن اعترفا له بالرجعة ثبتت ، والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه ، فتبين منه ، وعليه مهرها[1] إن كان بعد الدخول ، أو نصفه إن كان قبله لأنه لايصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه ، ولا تسلم المرأة إلى المدعي لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها ، وانما يلزمه في حقه ، ويكون القول قولها . وهل هو مع يمينها أولا ؟ على وجهين ، والصحيح أنها لاتستحلف ، لأنها لو أقرت لم يقبل اقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها ، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج

(١) في المخطوطة ٢٠ وعليه المهر .

لم يقبل اعترافها على الزوج فى فسخ النكاح ، لأن قولها إنما يقبل على نفسها فى حقها ، وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يستحلف ، اختاره القاضى ، لأنه دعوى فى النكاح ، فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة[1] فأنكرته .

والثانى : يستحلف ، قال القاضى : وهو قول الخرقى ، لعموم قوله عليه السلام « ولكن[2] اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه دعوى فى حق آدمى ، فيستحلف فيه كالمال ، فإن حلف فيمينه على نفى العلم ، لأنه على نفى فعل الغير ، فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الأول من غير عقد ، لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثانى فإذا زال زال المانع ، وحكم بأنها زوجة الأول ، كالو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ، ولا يلزمها للأول مهر بحال ، وذكر القاضى أن عليها له مهراً ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق ، فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا .

ولنا : أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها ، كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها ، فإن مات الأول وهى فى نكاح الثانى فينبغى أن ترثه لإقراره بزوجيتها ، أو إقرارها بذلك . وإن ماتت لم يرثها لأنها لا تصدق فى إبطال ميراث الزوج الثانى ، كما لم تصدق فى إبطال نكاحه ، ويرثها الزوج الثانى لذلك ، وإن مات الزوج الثانى لم ترثه ، لأنها تنكر صحة نكاحه ، فتنكر ميراثه .

٦٠٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها ثلاثاً وانقضت عدتها منه ، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها ، أو مات عنها ، وانقضت عدتها منه ، وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح ، وإن لم تكن عنده فى هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها ﴾

وجملة ذلك : أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء ، فأخبرته بذلك ، وغلب على ظنه صدقها ، إما لمعرفته بأمانتها ، أو بخبر غيرها[3] ممن يعرف حالها ، فله أن يتزوجها فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها ، وعلى ما أخبرت به عنها ، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها ، فيجب الرجوع إلى قولها ، كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ، وقال الشافعى : له نكاحها لما ذكرنا أولا . والورع ألا ينكحها .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ز وجيته لامرأة. (٢) سبق تخريجه (٣) فى المخطوطة ٢٠ : أو بإخبار غيرها .

ولنا : أن الأصل التحريم ، ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه ، فوجب البقاء عليه ، كما لو أخبره فاسق عنها .

٦٠٢٧ (فصل)

وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر ،فالقول قولها فى حلها للأول،والقول قول الزوج فى المهر، ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها . فإن قال الزوج الأول : أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها ، لأنه يقر على نفسه بتحريمها . فإن عاد فأكذب نفسه ، وقال : قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الحل والحرمة من حقوق الله تعالى ، فإذا علم حلها له لم تحرم بكذبه ، وهذا مذهب الشافعى ، ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه . ولو قال : أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا ، لأن المعتبر فى حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم .

٦٠٢٨ (فصل)

وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب وقضت عدتها ، وأرادت التزوج فقال وكيله : توقفى كيلا يكون راجعك ، لم يجب عليها التوقف ، لأن الأصل عدم الرجعة ، وحل النكاح ، فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ، ولأنه أمر لو وجب عليها التوقف فى هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله ، لأن احتمال الرجعة موجود ، سواء قال أو لم يقل ، فيفضى إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً .

٦٠٢٩ (فصل)

فإذا قالت قد تزوجت من أصابنى ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد ، لأن الخبر المبيح للعقد قد زال ، فزالت الإباحة ، وإن كان بعد ما عقد عليها لم يقبل ، لأن ذلك إبطال للعقد الذى لزمها بقولها ، فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ، ثم رجعت عن الإقرار .

كتاب الايلاء

الإيلاء : فى اللغة : الحلف يقال ، آلى يُولِى إيلاء وأَلِيَّة وجمع الأَلِيَّةِ أَلَايَا ، قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه إذ صدرت منه الألية برت[1]

ويقال : تألّى يتألى ، وفى الخبر « من يتألى على الله يكذبه » . فأما الإيلاء فى الشرع فهو : الحلف على ترك وطء المرأة ، والأصل فيه قول الله تعالى : « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ » وكان أبىّ بن كعب ، وابن عباس ، يقرآن « يُقْسِمون » .

٦٠٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمُولِى الذى يحلف بالله عز وجل : لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ﴾

وجملته : أن شروط الإيلاء أربعة :

أحدها : أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الحالف بذلك إيلاء ، فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل : أن حلف بطلاق أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، ففيه روايتان .

إحداهما : لا يكون مولياً ، وهو قول الشافعى القديم .

والرواية الثانية : هو مول . وروى عن ابن عباس أنه قال : كل يمين منعت جماعها فهى إيلاء ، وبذلك قال الشعبى ، والنخعى ، ومالك وأهل الحجاز ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وأهل العراق ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وغيرهم لأنها يمين منعت جماعه فكانت إيلاء كالحلف بالله ، ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف ، بدليل أنه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق طلقت فى الحال . وقال أبوبكر : كل يمين من حرام أوغيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً ، وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء ، لأنه يتعلق به حق آدمى ، وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هى المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ، ولهذا قرأ أبى وابن عباس « يقسمون » مكان « يؤلون » وروى عن ابن عباس فى تفسير يؤلون . قال : يحلفون بالله ، هكذا ذكره الإمام أحمد ، والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ، ولا يجاب

---

(١) البيت فى لسان العرب ج ١٤ ص ٤٠ وشطره الثانى بلفظ « وإن سبقت منه الألية برت » ف .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٦ .

بجوابه ولا يذكره أهل العربية فى باب القسم ، فلا يكون إيلاء ، وإنما يسمى حلفاً تجوزاً ، لمشاركته القسم فى المعنى المشهور فى القسم ، وهو الحث على الفعل ، أو المنع منه ، أو توكيد الخبر ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته . ويدل على هذا قول الله تعالى « فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم »[1] وإنما يدخل الغفران فى اليمين بالله ، وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم « من[2] حلف بغير الله فقد أشرك » وقوله : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم » متفق عليه ، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم ، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل ، ولا خلاف فى أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء ، لأنه لا يوجب كفارة ، ولا شيئاً يمنع من الوطء ، فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم .

وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً ، إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه ، حق كقوله إن وطئتك فعبدى حر ، أو فأنت طالق ، أو فأنت على كظهر أمى ، أو فأنت على حرام ،أو فلله على صوم سنة أو الحج ، أو صدقة .فهذا يكون إيلاء ،لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه ، وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن مولياً ، لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، ولا يصير قاذفا بالوطء ،لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها ، كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وإن قال:إن وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن مولياً ، لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق ، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه، فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك فلله على صوم أمس ، وإن قال : إن وطئتك فلله على أن أصلى عشرين ركعة كان مولياً .

وقال أبو حنيفة ، لا يكون مولياً ، لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ، ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها مولياً ، كما لو قال إن وطئتك فلله على أن أمشى فى السوق .

ولنا . أن الصلاة تجب بالنذر ، فكان الحالف بها مولياً كالصوم والحج وما ذكروه ، لا يصح ، فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة . وأما المشى فى السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون مولياً ، لأنه يلزمه بالحنث فى هذا النذر أحد شيئين : إما الكفارة وإما المشى. فقد صار الحنث موجباً لحق عليه[3] فعلى هذا يكون مولياً بنذر فعل المباحات والمعاصى أيضاً ، فإن نذر المعصية موجب للكفارة فى ظاهر المذهب ، وإن سلمنا فالفرق بينهما : أن المشى لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا ، وإذا استثنى فى يمينه لم يكن مولياً فى قول الجميع ، لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث ، فلم يكن الحنث موجباً لحق عليه . وهذا إذا كانت اليمين

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٢) أخرجه أحمد والترمذى والحاكم عن ابن عمر (ف) .

(٣) فى المخطوطة ٢٠ : عليه حقا .

بالله تعالى ، أو كانت يميناً مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ، ويكون مولياً بهما ، سواء استثنى أو لم يستثن .

٦٠٣١ (فصـــــــل)

الشرط الثانى : أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، وهذا قول ابن عباس ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبى ثور ، وأبى عبيد ، وقال عطاء ، والثورى ، وأصحاب الرأى : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً ، وحكى ذلك القاضى ، وأبو الحسين ، رواية عن أحمد ، لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مولياً كما لو حلف على مازاد ، وقال النخعى ، وقتادة ، وحماد ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق : من حلف على ترك الوطء فى قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ» [1]: وهـذا مول ، فإن الإيلاء الحلف وهذا حالف .

ولنا : أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر ، فلم يكن مولياً كما لو حلف على ترك قبلتها ، والآية حجة لنا ، لأنه جعل له تربص أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى للتربص ، لأن مدة الإيلاء تنقضى قبل ذلك ، ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه فى مدة تناولها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم فى الفيئة أنها تكون فى مدة الأربعة أشهر . وظاهر الآية خلافه ، فإن الله تعالى قال «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا» [2] فعقب الفيء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه .

إذا ثبت هذا فحكى عن ابن عباس أن المولى من يحلف على ترك الوطء أبداً ، أو مطلقاً لأنه إذا حلف على مادون ذلك ، أمكنه التخلص بغير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو حلف لا وطئها فى مدينة بعينها

ولنا : أنه لا يمكن التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث ، فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة ، فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان مولياً كالأبد . ودليل الوصف ماروى «أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول :

تطاول هذا الليل وازور[3] جانبه وليس إلى جنبى خليل ألاعبه

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

(٣) هذه القصة ذكرها الجاحظ فى المحاسن والأضداد ص ١٤٦ والدر المنثور ج ١ ص ١٧٥ وذكرها ابن قيم الجوزية فى روضة المحبين بسندها .

فو الله لولا الله لاشيء غـيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحيـــاء يـكفني وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء : كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر ، وفي الرابع ينفذ الصبر . فـكتب إلى أمراء الأجناد : أن لا تحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر » .

٦٠٣٢ (فصـــــــل)

وإذا علق الإيلاء بشرط[1] مستحيل كقوله : والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء ، أو تقلبي الحجر ذهبا ، أو يشيب الغراب ، فهو مول ، لأن معنى ذلك ترك وطئها ، فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات . قال الله تعالى في الـكفار « وَلاَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ[2] » ومعناه : لا يدخلون الجنة أبدا ، وقال بعضهم :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مول لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر أو آيسة فأما إن كانت من ذوات الأقراء فلا يـكون موليا لأنه يمـكن حملها ، قال القاضي وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يـكن موليا لأن حملها ممـكن .

ولنا : أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فـكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء . ودليل استحالته قول مريم « أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا ؟[3] » وقولهم : « يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا »[4] ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد . وأيضا قول عمر رضي الله عنه « الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به البينة ، أو كان الحبل أو الاعتراف » ولأن العادة أن الحبل[5] لا يوجد من غير وطء فإن قالوا يمـكن حبلها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الأول فلا يصح فإنه لو صرح به فقال لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو مادمت في نـكاحي أو حتى تزني كان موليا ، ولو صح ماذكروه لم يكن موليا ، وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة وإن وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذكرناه وقد قال أهل الطب إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه وإذا

(١) في المخطوطة ٢٩ : على شرط (٢) سورة الاعراف آية ٤٠ (٣) سورة مريم آية ٢٠
(٤) سورة مريم آية ٢٨ (٥) في المخطوطة ٢٠ : الحمل .

كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولى حتى تحبلى السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحبلى قبل منه ولم يكن موليا لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحبل به فإن «حتى» تستعمل بمعنى السببية .

٦٠٣٣ (فصـــــل)

وإن علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب .

أحدها : ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك فى أربعة أشهر ، وكذلك إن قال حتى تأتى الهند أو نحوه فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر .

الثانى : ما الغالب أنه لا يوجد فى أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة ، أو يقول حتى أموت أو تموتى أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم فى أربعة أشهر فيكون موليا : لأن الغالب أن ذلك لا يوجد فى أربعة أشهر . فأشبه مالو قال : والله لاوطئتك فى نكاحى هذا ، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه .

الثالث : أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود[1] فى أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء . لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك .

الرابع : أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد فى أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل[2] وجفاف ثوب ومجىء المطر فى أوانه وقدوم الحاج فى زمانه ، فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ، ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر . فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك شهراً .

الخامس : أن يعلقه على فعل منها هى قادرة عليه أو فعل من غيرها . وذلك ينقسم أقساما ثلاثة . أحدها : أن يعلقه على فعل مباح لامشقة فيه كقوله : والله لاأطؤك حتى تدخلى الدار أو تلبسى هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك . فهذا ليس بإيلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه . فأشبه الذى قبله . والثانى : أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربى الخمر أو تزنى أو تسقطى ولدك أو تتركى صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً أو نحوه . فهذا إيلاء لأنه علقه بممتنع شرعا . فأشبه الممتنع حسا . الثالث : أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطؤك حتى تسقطى صداقك عنى أو دينك أو حتى تكفلى ولدى أو تهبينى دارك أو حتى يبيعنى أبوك داره أو نحو ذلك ، فهذا إيلاء لأن

(١) فى المخطوطة ٢ : وجوده (٢) فى المخطوطة ٢٢ البقل والثوب .

أخذه لمالها أو مال غيرها من غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر ، وإن قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أفعل فى حقك جميلا لم يكن إيلاء لأن فعله لذلك ليس بحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما .

٦٠٣٤ (فصــــل)

وإن قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ولأنه محسن فى كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة[1] ونحو ذلك فإنه لا يكون موليا ، وإن قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن موليا لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول فى أربعة أشهر فينبغى أن يكون موليا لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهى صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا ، وإن لم يرج برؤه فيها صار موليا ، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول فى أربعة أشهر موليا . لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله ، وإن قال والله لا وطئتك حائضا ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن موليا لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وإن قال والله لا وطئتك طاهرا أو لا وطئتك وطئا مباحا صار موليا لأنه حالف على ترك الوطء الذى يطالب به فى الفيئة فكان موليا كما لو قال والله لا وطئتك فى قبلك ، وإن قال والله لا وطئتك ليلا أو والله لا وطئتك نهارا لم يكن موليا لأن الوطء يمكن بدون الحنث ، وإن قال والله لا وطئتك فى هذه البلدة أو فى هـذا البيت أو نحو ذلك من الأمكنة المعينة لم يكن موليا ، وهذا قول الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبى ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها .

ولنـــا : أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى فى يمينه .

٦٠٣٥ (فصــــل)

وإن حلف على ترك وطئها عاما ثم كفر عن يمينه انحل الإيلاء . قال الأثرم : قيل لأبى عبدالله : المولى يكفر عن يمينه قبل مضى الأربعة الأشهر ؟ قال : يذهب عنه الإيلاء ولا يوقف بعد الأربعة الأشهر وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين ، وذلك لأنه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه . فأشبه من حلف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضى الأربعة الأشهر انحل الإيلاء حين التكفير ، وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر . وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه .

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أى حزينة .

٦٠٣٦ (فصـــــل)

فإن قال : والله لا وطئتك[1] إن شاء فلان ، لم يصر مولياً حتى يشاء . فإذا شاء صار مولياً . وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . لأنه يصير ممتنعاً من الوطء حتى يشاء فلا يكون مولياً حتى يشاء، وإن قال : والله لا وطئتك إن شئت فـكذلك . وقال أصحاب الشافعي إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار مولياً ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه ، لأن ذلك تخيير لها ، فكان على الفور ، كقوله : اختـارى فى الطلاق .

ولنـا : أنه علق اليمين على المشيئة بحرف « إن » فكان على التراخى ، كمشيئة غيرها . فإن قيـل : فهلا قلتم لا يكون مولياً ، فإنه علق ذلك بإرادتها ، فأشبه ما لو . قال : لا وطئتك إلا برضاك ؟ قلنا : الفرق بينهما أنها إذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها ، بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث .

وإذا قال : والله لا وطئتك إلا برضاك ، فـما حلف إلا على ترك وطئها فى بعض الأحوال وهو حال سخطها ، فيمكنه الوطء فى الحال الأخرى بغـير حنث . وإذا طالبته بالفيئة فهو برضاها . ولو قال : والله لا وطئتك حتى تشائى ، فهو كقوله إلا برضاك ، ولا يكون مولياً بذلك . وإن قال : والله لا وطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن مولياً ، لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده فى الأربعة أشهر ، إمكاناً غـير بعيد ، وليس بمحرم ، ولا فيه مضرة ، فأشبه مالو قال : والله لا وطئتك إلا أن تدخلى الدار ، وإن قال : والله لا وطئتك إلا أن تشائى لم يكن مولياً ، وكان بمـنزلة قوله إلا برضاك ، أو حتى تشائى . وقال أبو الخطاب : إن شاءت فى المجلس لم يصر مولياً ، وقال أصحاب الشافعى : إن شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر مولياً ، وإلا صار مولياً ، لأن المشيئة عندهم على الفور ، وقد فاتت بتراخيها . وقال القاضى: تنعقد يمينه ، فإن شاءت انحلت وإلا فهى منعقدة .

ولنا : أنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها ، فأشبه مالو قال إلا برضاك ، أو حتى تشائى ، ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها ، فأما قول القاضى فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وإن أراد أن وجود المشيئة على التراخى تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاء ، لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده فى مدة الأربعة الأشهر إمكاناً غير بعيد ليس بإيلاء والله أعلم .

٦٠٣٧ (فصـــــل)

فإن قال : والله لا وطئتك ، فهو إيلاء . لأنه قول يقتضى التأبيد . وإن قال : والله لا وطئتك مدة ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ لا أطؤك .

أو ايطولن تركى لجماعك ، ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء ، لأن اللفظ يحتمله [١] ، فانصرف إليه بنيّته ، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاء لذلك ، وإن لم ينو شيئاً لم يكن إيلاء ، لأنه يقع على القليل والكثير ، فلا يتعين للكثير . فإن قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك شهرين ، أو لا وطئتك شهرين . فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، ففيه وجهان .

أحدهما : ليس بمُولٍ ، لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء ، فلم يكن مولياً ، كما لو لم ينو إلا مدتهما ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقب مدتها من غير حنث فيها ، فأشبه ما لو اقتصر عليها .

والثانى : يصير مولياً ، لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية ، فكان مولياً كما لو منعها بيمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث فى يمينه ، فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ، ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين ، فلا يكون مولياً وهكذا الحكم فى كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة ، كثلاثة أشهر ، أو ثلاثة وشهرين ، لما ذكرنا من التعليلين ، والله أعلم .

٦٠٣٨ (فصـــل)

فإن قال : إن وطئتك فوالله لا وطئتك لم يكن مولياً فى الحال ، لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى يميناً تمنع الوطء على التأبيد ، وهذا الصحيح عن الشافعى ، وحكى عنه قول قديم : أنه يكون مولياً من الأول ، لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً ، فيلحقه بالوطء ضرر ، وكذلك على هذا القول إن قال إن وطئتك فوالله لا دخلت الدار لم يكن [٢] مولياً من الأول ، فإن وطئها انحل الإيلاء ، لأنه لم يبق ممتنعاً من وطئها بيمين ولا غيرها ، وإنما بقى ممتنعاً باليمين من دخول الدار .

ولنا : أن يمينه معلقة بشرط ، ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون مولياً ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئاً . وكونه يصير مولياً لا يلزمه به بالحنث . ولو قال : والله لا وطئتك فى السنة إلا مرة لم يصر مولياً فى الحال ، لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعاً من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها وقد بقى من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً ، وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، وظاهر مذهب الشافعى فى [قوله] [٣] القديم يكون مولياً فى الابتداء لما ذكرنا فى التى قبلها وقد أجبنا عنه ، وإن قال والله لا وطئتك سنة إلا يوماً فكذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة : لأن اليوم منكّر ، فلم

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : محتمل له . (٢) فى نسخة يكون مولياً . (٣) ساقطة من ٣٩

يختص يوماً دون يوم ولذلك لو قال : صمت رمضان إلا يوماً لم يختص اليوم الآخر ، ولو قال لا أكلمك فى السنة إلا يوماً لم يختص يوماً منها .

وفيه وجه آخر : أنه يصير مولياً فى الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله لا وطئتك فى السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتاً بعينه ، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللهما يوم لا أجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة فى أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد فى أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطء فى يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقى من المدة فصار ذلك كقوله لا وطئتك فى السنة إلا مرة والله أعلم .

٦٠٣٩ (فصل)

فإن قال : والله لا وطئتك عاماً ، ثم قال : والله لا وطئتك عاماً فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوى عاماً آخر سواه ، وإن قال والله لا وطئتك عاماً ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله لا وطئتك عاماً ، دخلت المدة القصيرة فى الطويلة ، لأنها بعضها ، ولم يجعل إحداهما بعد الأخرى، فأشبه مالو أقر بدرهم ، ثم أقر بنصف درهم . أو أقر بنصف درهم، ثم أقر بدرهم، فيكون إيلاء واحداً لهما وقت واحد ، وكفارة واحدة . وإن نوى بإحدى المدتين غير الأخرى فى هذه أو فى التى قبلها ، أو قال : والله لاوطئتك عاماً ثم والله لا وطئتك عاماً آخر أو نصف عام آخر ، أو قال لها والله لا وطئتك عاماً ، فإذا مضى فوالله لا وطئتك عاماً ، فهما إيلاآن فى زمانين ، لا يدخل حكم أحدهما فى الآخر ، أحدهما منجز ، والآخر متأخر ، فإذا مضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر ، لأنه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه ، فيكون له حكم ينفرد به .

فإن قال فى المحرم : والله لا وطئتك هذا العام ، ثم قال : والله لا وطئتك عاماً من رجب إلى تمام اثنى عشر شهراً ، أو قال فى المحرم : والله لا وطئتك عاماً ، ثم قال فى رجب : والله لا وطئتك عاماً ، فهما إيلاآن فى مدتين ، بعض إحداهما داخل فى الأخرى . فإن فاء فى رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث فى اليمينين ، وتجزئه كفارة واحدة ، وينقطع حكم الإيلاءين . وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث فى إحدى اليمينين دون الأخرى . وإن فاء فى الموضعين حنث فى اليمينين ، وعليه كفارتان .

٦٠٤٠ (فصـــل)

فإن قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن ، انبنى ذلك على أصل وهو : الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا . فإن قلنا : يحنث ، فهو مول منهن كلهن فى الحال ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث ، فصار مانعاً لنفســه من وطء كل واحدة منهن فى الحال ، فإن وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينـه ، وزال الإيلاء من البواقى . وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الإيلاء فى البواقى .

وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن فى الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث ، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فـلم يكن موليا منها . فإن وطىء ثلاثاً صار مولياً من الرابعة ، لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث[1] فى يمينه وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطئهن وإنما يحنث بوطء الأربع فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حـكم يمينه ، وذكر القاضى أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطىء واحدة حنث ولم ينحل الإيلاء فى البواقى لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها .

ولنـا : أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ، ولأنه إذا وطىء واحدة حنث ولزمته الـكفارة ، فلا يلزمه بوطء الباقيات شىء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه ، فانحل الإيلاء كما لو كفرها[2] ، واختلف أصحاب الشافعى فقال بعضهم : لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة وحكى المزنى عن الشافعى أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحـدة منهن فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الإيلاء ويوقف لمن بقى حتى يفىء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الأربع وقال أصحاب الرأى يكون موليا منهن كلهن فإن تركهن أربعة أشهر بِنّ منه جميعا بالإيلاء ، وإن وطىء بعضهن سقط الإيلاء فى حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا .

ولنـا : أن من لا يحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتى يحلف عليها .

٦٠٤١ (فصـــل)

فإن قال والله لا وطئت واحدة منـكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها وإن نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر مولياً منهن فى الحال فإذا وطىء ثلاثا كان مولياً من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه فى مبهمة من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن فى الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن ماتت كان موليا من البواقى ، وإن وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات لأنها يمين واحدة

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : أن يحنث . (٢) فى المخطوطة ١٨ : كفر عنها .

فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثَمّ فبقى حكم يمينه فيمن بقى منهن وهذا مذهب الشافعى ، وذكر القاضى أنه إذا أطلق كان الإيلاء فى واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعى لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضى العموم .

ولنا : أن النكرة فى سياق النفى تعم كقوله « ما اتخذ[1] صَاحِبَةً » وقوله « وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُواً أَحَدٌ »[2] وقوله : « وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللهُ لَهُ نُوراً فَمَا لَهُ مِنْ نُور »[3] ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى إداوة كانت ، فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه فى العموم ، وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد . وهذا مذهب الشافعى إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله . وأصل هذا مذكور فى الطلاق .

٦٠٤٢ (فصــــل)

فإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن فى الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة كل أزالت احتمال الخصوص ومتى حنث فى البعض انحل الإيلاء فى الجميع كالتى قبلها ، وقال القاضى وبعض أصحاب الشافعى لا تنحل فى الباقيات .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها . وفى هذه المواضع التى قلنا بكونه موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن ، وإن طالبن فى أوقات مختلفة ففيه روايتان .

إحداهما : يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضى وهو ظاهر كلام أحمد .

والثانية : يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعى ، فإذا وقف للأولى وطلقها ووقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها وقف للرابعة ، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وإن وطىء إحداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات على ما قلناه ، وعلى قول القاضى ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التى وقف لها .

---

(١) فى النسخ « ولم يتخذ صاحبة » وليس بوارد فى القرآن ، والوارد فيه سورة الجن الآية ٣ « ما اتخذ صاحبة ولا ولدا » وفى سورة الفرقان الآية ٢ « ولم يتخذ ولدا » (ف) .

(٢) سورة الإخلاص الآية ٤ (٣) سورة النور آية ٤٠

٦٠٤٣ (فصل)

فإن قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق : فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعاً لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرائرها فإن كان الطلاق بائنا انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعياً فراجعهن بقي حكم الإيلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائرها ، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ، ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهن في المدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة لما سنذكره فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرائرها وإن وطيء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها .

٦٠٤٤ (فصل)

الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لا وطئتك في الدبر لم يكن موليا لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه وإن قال والله لاوطئتك دون الفرج لم يكن موليا لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولاضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لاجامعتك إلا جماع سوء سئل عما أراد فإن قال أردت الجماع في الدبر فهو مول لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وإن قال أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وإن لم تكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلايتعين ما يكون به موليا ، وإن قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة .

٦٠٤٥ (فصل)

الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى : «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ[1]» ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون موليا منها كالأجنبية فإن حلف على ترك وطء

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

أمته لم يكن موليا لما ذكرنا وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن موليا لذلك ، وبه قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير موليا إذا بقى من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان موليا كما لو حلف فى الزوجية ، وحكى عن أصحاب الرأى أنه إن مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وإن قال : إن تزوجت فلانة فو الله لا قربتها صار موليا ، لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه مالو حلف بعد تزويجها .

ولنا : قول الله تعالى « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ من نِسَائِهِمْ » وهذه ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق ، والقسم ، ولأن المدة تضرب له لقصده الإضرار بها بيمينه ، وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد : يصح الظهار قبل النكاح لأنه يمين فعلى هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح . والمنصوص أنه لا يصح لما ذكرناه .

٦٠٤٥ (فصـل)

فإن آلى من الرجعية صح إيلاؤه : وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذكر ابن حامد أن فيه رواية أخرى أنه لا يصح إيلاؤه لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحته ابتداء أولى .

ولنا : أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت فى العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبى حنيفة ويجىء على قول الخرقى لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها[1] لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة . وهذا مذهب الشافعى لأنها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشىء من المـدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة فى العدة.

ووجه الأول : أن من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمـدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وفارق البائن ، فإنها ليست زوجة ولا يصح الإيلاء منها بحال ، فهى كسائر الأجنبيات .

٦٠٤٦ (فصـــــل)

ويصح الإيلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه[2] (الذين يُؤْلُونَ من نِسَائِهِم تَرَبُّصُ أَرْبَعَة أَشْهر)[2] ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة ، ويصح

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : مراجعتها (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

الإيلاء قبل الدخول وبعده : وبهذا قال النخعى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى . وقال عطاء والزهرى والثورى : إنما يصح الإيلاء بعد الدخول .

ولنا : عموم الآية والمعنى لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول ، ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفيئة فى الصغر والجنون لأنهما ليسا من أهل المطالبة ، فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متعذر دائما فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء ، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهى كالمريضة ، فعلى هذا ينبغى أن يفىء المعذور لأن الفيئة بالوطء فى حقها متعذرة فلا تمكن المطالبة به فأشبه المجبوب .

٦٠٤٨ (فصـــل)

ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبى والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق ، فلم ينعقد منهما كالنذر ، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل ، فلم تنعقد كما لو حلف ألا يقلب الحجارة[1] ذهباً ولأن الإيلاء اليمين هى المانعة من الوطء ، وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متعذر منه ، ولا تضر المرأة يمينه .

قال أبو الخطاب : ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس وللشافعى فى ذلك قولان ، والأول أولى ، لما ذكرنا ، فأما الخصي الذى سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح إيلاؤه وكذلك المجبوب الذى بقى فى ذكره ما يمكن الجماع به .

٦٠٤٩ (فصـــل)

ويصح إيلاء الذمى ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وأبو ثور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : إن حلف بالله لم يكن مولياً لأنه لا يحنث إذا جامع ، لكونه غير مكلف ، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول : لأنه يصح عتقه وطلاقه .

ولنا : قول الله تعالى :[2] (للذينَ يُؤلُونَ مِنْ نسائهم تَرَبصُ أربعة أشهرٍ) ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان مولياً كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلاؤه كالمسلم ، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالمسلم .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الحجر (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

٦٠٥٠ (فصـــل)

ولا يشترط فى الإيلاء الغضب ، ولا قصد الإضرار . روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثورى ، والشافعى ، وأهل العراق ، وابن المنذر . وروى عن على رضى الله عنه ليس فى إصلاح إيلاء ، وعن ابن عباس قال : إنما الإيلاء فى الغضب ونحو ذلك عن الحسن ، والنخعى ، وقتـادة ، وقال مالك ، والأوزاعى ، وأبو عبيد : من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح لولده .

ولنا عموم الآية ولانه مانع نفسه من جماعها بيمينه فـكان موليا كحال الغضب يحققه : أن حكم الإيلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها ولأن الطلاق والظهار وسائر الأيمان سواء فى الغضب والرضا فـكذلك الإيلاء ولأن حكم اليمين فى الـكفارة وغيرها سواء فى الضب والرضا فـكذلك الإيلاء ، وأما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده فإن أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول ، وإن أراد فعل الفطام لم يكن موليـا لانه ممكن قبل الأربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار .

٦٠٥١ (فصـــل)

فى الألفاظ التى يكون بها موليا وهى ثلاثة أقسام :

٦٠٥٢ (أحـــدها)

ما هو صريح فى الحـكم والباطن جميعا . وهو ثلاثة ألفاظ قوله : والله لا آتيك ، ولا أدخل ، ولا أغيب ، أو أولج ذكرى فى فرجك ، ولا افتضضتك [1] للبكر خاصة فهـذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الإيلاء .

٦٠٥٣ (القسم الثانى)

صريح فى الحـكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهى عشرة ألفاظ : لا وطئتك ، ولا جامعتك ، ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك ، ولا قربتك ، ولا أتيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتك ، ولا اغتسلت منك فهذه صريحة فى الحـكم لأنها تستعمل فى العرف فى الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه : « وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ »[2] وقال : « وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ »[3] وقال تعالى : « مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ »[4] .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : أفتضك
(٢) سورة البقرة آية ٢٢٢
(٣) سورة البقرة آية ١٨٧
(٤) سورة البقرة آية ٢٣٧

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ فى الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالإصابة الإصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعى عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ فقال فى موضع ليس بصريح فى الحكم لأنه حقيقة فى غير الجماع ، وقال فى : لا باضعتك ليس بصريح ، لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فاطمة بضعة منى »[1] .

ولنا : أنه مستعمل فى الوطء عرفاً وقد ورد فى القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة فى غير الجماع يبطل بلفظة[2] الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك فى ألفاظ الطلاق فإنهم قالوا هى صريحة فى الطلاق مع كونها حقيقة فى غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ فى غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الألفاظ ، لأنها تستعمل فى غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

٦٠٥٤ (القسم الثالث)

مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ماعدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسى ورأسك شىء ، لاساقف رأسى رأسك ، لأسوءنك ، لأغيظنك ، لتطولن غيبتى عنك ، لامس جلدى جلدك ، لاقربت فراشك ، لا آويت معك ، لانمت عندك ،فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة فى الجماع كظهور التى قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه إلى نية الجماع والمدة معاً وهى قوله لأسوءنك ولأغيظنك ولتطولن غيبتى عنك فلا يكون موليا حتى ينوى ترك الجماع فى مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفى سائر هذه الألفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطولن تركى لجماعك أو لوطئك أو لإصابتك فهذا صريح فى ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لأنه صريح فيه ، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن مولياً إلا أن ينوى جماعاً لا يبلغ التقاء الختانين ، وإن قال والله لا أدخلت جميع ذكرى فى فرجك لم يكن مولياً لأن الوطء الذى يحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قال والله لا أولجت حشفتى فى فرجك كان موليا لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك .

٦٠٥٥ (فصـــل)

وإن قال لإحدى زوجتيه والله لاوطئتك ثم قال للأخرى أشركتك[3] معها لم يصر موليا من الثانية

(١) أخرجه البخارى وأحمد والحاكم عن المسور (ف) (٢) فى المخطوطة ١٨ : بلفظ
(٣) فى المخطوطة ٣٩ أنت معها

لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة، والتشريك بينهما كناية، فلم تصح به اليمين وقال القاضى يكون موليا منهما وإن قال إن وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضاً لأن الطلاق يصح بالكناية فإن قلنا إن ذلك إيلاء فى الأولى صار إيلاء فى الثانيه لأنها صارت فى معناها وإلا فليس بإيلاء فى واحدة منهما ، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأى هو مول .

ولنا : أنه ليس بصريح فى القسم فلا يكون موليا به كما لو يشبهها بها .

٦٠٥٦ (فصــــل)

ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية[1] وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمولى هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدرى معناها لم يكن موليا ، وإن نوى موجبها عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدرى معناه فإن اختلف الزوجان فى معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها . فاما أن آلى العربى بالعربية ثم قال جرى على لسانى من غير قصد أو قال ذلك العجمى فى إيلائه بالعجمية لم يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر .

٦٠٥٧ (فصــــل)

ومدة الإيلاء فى حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء ، ولا فرق بين الحرة والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة فى ظاهر المذهب وهو قول الشافعى وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار أبى بكر ، وقول عطاء والزهرى ومالك وإسحاق لأنهم على النصف فى الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك فى مدة الإيلاء وقال الحسن والشعبى إيلاؤه من الأمة شهران ومن الحرة أربعة [وقال الشعبى[2] إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة] وهذا قول أبى حنيفة لأن ذلك تتعلق به البينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كمدة العدة .

ولنا : عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كمدة العنة ، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها ، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر . وكان ينبغى أن تتقدم مطالبتها مطالبة

(١) فى المخطوطة ٢٠ : الأعجمية (٢) كلام الشعبى مكرر هنا وهذه الفقرة ليست فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٣٣

الأمة والحق على الحر فى الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة فى مطالبة العبد عليه .

٦٠٥٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة ، والفيئة الجماع ﴾ .

وجملة ذلك : أن المولى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، ولا يطالب فيهن ، فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم وقفه ، وأمره بالفيئة ، فإن أبى أمره بالطلاق ، ولا تطلق زوجته بنفس مضى المدة ، قال أحمد فى الإيلاء : يوقف عن الأكابر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، [روى] عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلى ، وجعل يثبت حديث على وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروى ذلك عن أبى الدرداء وقال سليمان بن يسار : كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يوقفون فى الإيلاء ، وقال سهيل ابن أبى صالح : سألت اثنى عشر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فكلهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضى أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعى والأوزاعى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وزيد وابن عمر وروى عن أبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهرى تطليقة رجعية ، ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ : « فإنْ فاءوا — فيهن — فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ »[١] ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك فى المدة كمدة العنة .

ولنا : قول الله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم »[٢] وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية التعقيب ثم قال : « وإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ »[٣] ولو وقع بمضى المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله (سميع عليم) يقتضى أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاما ، ولأنها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها[٤] ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٧ .

(٤) فى نسخة : لا يقع بمضيها ـــ هامش المطبوعة . وكذا فى : ٢٠ وهو الصواب .

فى مدتها ، وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلا ، ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضى الأجل كالدَّيْن .

٦٠٥٩ (فصـــــل)

وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى ضرب كمدة العنة . ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دين دفعه قبل الأجل ، وهكذا إن وطىء بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء وسواء وطئها وهى عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لأنه فعل ما حلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنث ، ذكره ابن حامد وهو قول الشافعى .

وقال أبو بكر يحنث وعليه الكفارة لأنه فعل ما حلف عليه . والأول أصح لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الإيلاء لأنه قد وفاها حقها وحصل منه فى حقها ما يحصل من العاقل وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وذكر القاضى مايدل على أنه يبقى مولياً فإنه قال إذا وطىء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة لأن وطأه الأول ماحنث به ، وإذا بقيت يمينه بقى الإيلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزنى .

وينبغى أن تستأنف له مدة الإيلاء من حين وطىء[1] ، لأنه لا ينبغى أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهى موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمتنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها .

٦٠٦٠ (فصـــــل)

وإن وطىء العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنث انحل إيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسى فى الحنث وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته .

وإن استدخلت[2] ذكره وهو نائم لم يحنث ، لأنه لم يفعل ما حلف عليه ، ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يخرج لأن المرأة وصلت إلى حقها فأشبه ما لو وطىء .

---

(١) فى ١٨ : الوطء . (٢) فى ٣٩ : أدخلت .

والثانى : لا يخرج من حكم الإيلاء ، لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك ، والحكم فيما إذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به .

٦٠٦١ (فصل)

وإن وطئها وطئا محرماً مثل أن وطئها حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حنث وخرج من الإيلاء وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء لأنه وطء لا يؤمر به فى الفيئة فلم يخرج به من الإيلاء كالوطء فى الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة .

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ماوفاها حقها ، فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى . وقد ذكر القاضى فى المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها . وفارق الوطء فى الدبر فإنه لا يحنث وليس بمحل للوطء بخلاف مسألتنا .

٦٠٦٢ (فصل)

وإذا آلى ، منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه ، أو حبسه ، أو إحرامه ، أو صيامه ، حسبت عليه المدة من حين إيلائه ، لأن المانع من جهته وقد وجد التمكين الذى عليها ، ولذلك لو أمكنته من نفسها وكان ممتنعاً لعذر وجبت له النفقة . وإن طرأ شىء من هذه الأعذار بعد الإيلاء ، أوجن ، لم تنقطع المدة المعنى الذى ذكرناه . وإن كان المانع من جهتها نظرنا ، فإن كان حيضاً لم يمنع ضرب المدة ، لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة ، لأن الحيض فى الغالب لا يخلو منه شهر ، فيؤدى ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء . وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفى النفاس وجهان .

أحدهما : هو كالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض .

والثانى : هو كسائر الأعذار التى من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار ، وأما سائر الأعذار التى من جهتها كصغرها ومرضها ، وحبسها وإحرامها ، وصيامها واعتكافها المفروضين ، ونشوزها وغيبتها ، فمتى وجد منها شىء حال الايلاء لم تضرب له المدة[1] حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها ، وإن وجد شىء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على مامضى لأن قوله سبحانه : « تَرَبُّصُ أَربَعَةِ أَشْهُرٍ »[2] يقتضى متوالية فإذا قطعها وجب استئنافها كمدة شهرين فى صوم الكفارة ،

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : مدة . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

وإن حنثت وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت فى يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها ، فإن قيل فهذه الأسباب منها مالاصنع لها فيه فلا ينبغى أن تقطع المدة كالحيض ، قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها فلافرق: بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر ، وإن آلى فى الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام ، وإن طرأت الردة فى أثناء المدة انقطعت ، لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء : فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما ، وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها . والله أعلم .

٦٠٦٣ (فصـــل)

وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبته فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لاعذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر ، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر . وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع فى (حكم[1]) العادة ، فإنه لا يلزمه الوطء فى مجلسه وليس ذلك بإمهال ، فإن قال : أمهلونى حتى آكل فإنى جائع ، أو ينهضم الطعام فإنى كظيظ[2] أو أصلى الفرض ، أو أفطر من صومى ، أمهل بقدر ذلك ، فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع فى مثلها فى العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته لأن العادة فعل ذلك فى بيته ، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال وليس لها المطالبه بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شىء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة .

٦٠٦٤ (فصـــل)

فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا : يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضى هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت . وهذا مذهب الشافعى لأنها تثبت لرفع الضرر بترك مايتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فإنه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشترى عن

---

(١) ساقطة من ٣٩ . (٢) أى : ممتلىء البطن من الطعام . فعيل بمعنى مفعول .

عيب المبيع ، وإن سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لأن حقها يثبت على التراخى فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة .

٦٠٦٥ (فصـــــــل)

والأمة كالحرة فى استحاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف ، لأن الحق لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها ، فإن تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لأنه لا حق له ، فإن قيل : حقه فى الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا بإذنه ، قلنا : لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن موليا ، ولو أن المولى وطىء بحيث يوجد التقاء الختانين[1] حصلت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل ، وإنما استؤذن السيد فى العزل لأنه يضر بالأمة فربما نقص قيمتها .

٦٠٦٦ (فصـــــــل)

فإن كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لأن قولها غير معتبر وليس لوليهما المطالبة لها لأن هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه ، أما إن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لأن المنع من جهتهما ، وإن كان وطؤهما ممكنا فإن أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لأن الحق لها ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة . وقال الشافعى لا تضرب المدة فى الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فإن لم يمكن فاء بلسانه وإلا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده فى الناشز والرتقاء والقرناء والتى غابت فى المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتى يمكنه جماعها .

ولنا : أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها ، فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التى أمكنه جماعها فتضرب له المدة فى حقها لأنه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فإما أن تفىء وإما أن تطلق فإن الله تعالى قال (عَاشِروهن بالمعروف[2]) وقال تعالى: (فإمساكٌ بمَعْرَوفٍ أو تسْرِيحٌ بإحْسان[3]) وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

٦٠٦٧ ﴿مســـــألة﴾

قال ﴿ والفيئة الجماع ﴾

ليس فى هذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفىء الجماع

(١) فى المخطوطة ١٨ : ٣٩ بحيث يلتقى الختانان (٢) سورة النساء آية ٣٩ (٣)سورة البقرة آية ٢٢٩

كذلك قال ابن عباس ، وروى ذلك عن على وابن مسعود . وبه قال مسروق ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، وسعيد بن جبير ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . إذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئا ، لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمى الجماع من المولى فيئة ، لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذى تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة فى الفرج ، فى أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطء دون الفرج أو فى الدبر لم يكن فيئة ، لأنه ليس بمحلوف على تركه ، ولا يزول الضرر بفعله .

٦٠٦٨ (فصـــل)

وإذا فاء لزمته الكفارة فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن زيد وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين والنخعى والثورى وقتادة ومالك وأهل المدينـــة وأبو عبيد وأصحاب الرأى وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعى كانوا يقولون ذلك، لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ[1] » قال قتادة هذا خالف الناس يعنى قول الحسن .

ولنا قول الله تعالى: « وَلَـكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ - الآية إلى قوله — ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ[2] » وقال سبحانه : « قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ[3] » . وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » . متفق عليه . ولأنه حالف حانث فى يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لا تنافى الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « إنى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه .

٦٠٦٩ (فصـــل)

وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت ، وإن كان على نذر عتق[4] أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج وغضب ، فهذا حكمه ، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٦ (٢) سورة المائدة آية ٨٩ (٣) سورة التحريم آية ٢

(٤) فى النسخ المطبوعة (على نذر أو عتق) والصواب حذف (أو) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٤٦ (ف) .

وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء ، وقد ذكر القاضى أن كلام أحمد يقتضى روايتين كهذين الوجهين .

واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن آخر الوطء حصل فى أجنبية كما ذكرنا فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، فيكون فى حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر[1] ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء . ويمكن منع كون النزع وطئاً ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرماً ، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لايمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم واو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل .

الوجه الثانى : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه .

الثالث : أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطىء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع ، لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئاً بعضه فى زوجته ، وفى المهر وجهان . أحدهما : يلزمه ، لأنه حصل منه وطء محرم فى محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع . والثانى : لايجب ، لأنه تابع الإيلاج فى محل مملوك فكان تابعاً له فى سقوط المهر ، وإن نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما ، وعليه المهر لها ، ويلحقه النسب وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لأنه إيلاج فى أجنبية بغير شبهة[2] فأشبه مالوطلقها ثلاثاً ثم وطئها ولامهر لها لأنها مطاوعة على الزنا ولايلحقه النسب لأنه من زنا لاشبهة فيه .

وذكر القاضى وجهاً أنه لاحد عليهما لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعى ، والصحيح الأول ، لأن الكلام فى العالمين وليس هو فى مظنة الخفاء ، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها

(١) فى ١٨ : مفطر . (٢) فى ٣٩ : بلاشبهة .

المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وإن كانت فى العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطء شبهة .

٦٠٧٠ (فصـــل)

وإن قال إن وطئتك فأنت على كظهر أمى فقال أحمد : لا يقربها حتى يكفر وهذا نص فى تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء فى المسألة التى قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها وإذا وطىء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الإيلاء ويحتمل أن أحمد إنما أراد وإذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه ، وقد روى اسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت على كظهر أمى إن قربتك إلى سنة ؟ قال إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضى الأربعة الأشهر يقال له إما أن تفىء وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه ، فينبغى أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذى صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم .

٦٠٧١ (مســألة)

قال ﴿ أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شىء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفىء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتها ونحو هذا . وممن قال يفىء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعى والحسن والزهرى والثورى والأوزاعى وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وقال سعيد ابن جبير لا يكون الفىء إلا الجماع فى حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت .

ولنا : أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار وقد ترك قصد الإضرار[1] بما أتى به من الاعتذار . والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبه

(١) فى ١٨ : الضرر فى الفقرة كلها .

يقوم مقام طلبها فى الحضور فى إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه .

وحكى أبو الخطاب عن القاضى أن فيئة المعذور أن يقول فئت إليك وهو قول الثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . والذى ذكر القاضى فى المجرد مثل ما ذكر الخرقى وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الإضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ولا يحصل بقولة فئت إليك شىء من هذا . فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه .

٦٠٧٢ (فصــــل)

والإحرام كالمرض فى ظاهر قول الخرقى : وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار . وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعى لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجباً عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولـكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تـكفر وتفىء وإما أن تطلق فإن قال أمهلونى حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التـكفير فى الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة ، وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ولا يزاد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ، ويتخرج أن يفىء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصل كقولنا فى المحرم ، فإن وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه . لأن هذا الوطء محرم عليهما .

وقال القاضى : يلزمها التمـكين وإن امتنعت سقط حقها لأن حقها فى الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها .

ولنا : أنه وطء حرام فلا يلزم التمـكين منه كالوطء فى الحيض والنفاس . وهـذا ينقض دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لـكونه فعلا واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء فى الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه .

٦٠٧٣ (فصــــل)

وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طولب بالفيئة لأنه قادر عليها بأداء ما عليه فإن لم

يفعل أمر بالطلاق ، وإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المعذور ، وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفا أوله عذر يمنعه فاء فيئة المعذور .

٦٠٧٤ (فصـــل)

فإن كان مغلوباً على عقـله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وإن كان محبوباً وقلنا : يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعتها .

٦٠٧٥ (فصـــل)

وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وإن لم يكن وطئها وإن لم تـكن حاله معروفة ، فقال القاضى : تسمع دعواه ويقبل قوله لأن العنة[1] من العيوب التى لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعى ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أى يفىء فيئة أهل الأعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فى دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه ، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنـكر ذلك لم يكن لهـا المطالبة بضرب مـدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله فى عدم الإصابة .

٦٠٧٦ (فصـــل)

قال ﴿ فمتى قدر فـلم يفعل أمر بالطلاق ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها ، فلم يفعل أمر بالطلاق . وهذا قول كل من يقول يوقف المولى لأن الله تعالى قال (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان ، وإن كان معـــذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ، وهو قول الحسن ، وعكرمة ، والأوزاعى لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء . لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها .

---

(١) فى المطبوعة : التعنين . وقد اخترنا ما فى ١٨ و ٢٠ لوضوحه .

ولنا : أنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر .

٦٠٧٧ (فصـــل)

وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به . فقال : متى قدرت وفيته .

٦٠٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق ، فإن طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة . لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فإنه يفضى إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه . وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفىء أو يطلق وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : أن مادخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين . وفارق الاختيار فإنه ماتعين مستحقة . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها .

٦٠٧٩ (فصـــل)

والطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه . وبهذا قال الشافعى . قال الأثرم قلت لأبى عبدالله فى المولى فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تكون بائناً . فإن فى رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال إذا طلق فهى واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع

الضرر فكان بائناً كفرقة العنة، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائناً.

ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق فى غير الإيلاء. ويفارق فرقة العنة[1] لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة، ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة فى رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الإضرار بها فافترقا والله أعلم.

٦٠٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن طلق عليه ثلاثاً فهى ثلاث ﴾

وجملة الأمر: أن المولى إذا امتنع عن الفيئة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى، وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء فسخ. قال القاضى: هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعى ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين فى حق الممتنع.

ولنا: أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله فى ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة فى تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده. قال أبو عبيد إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ، وإذا قال طلقت واحدة فهى واحدة وإذا قال ثلاثاً فهى ثلاث.

٦٠٨١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن طلق واحدة وراجع وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا فى الأول ﴾

وجملة الأمر: أنه إذا طلق المولى أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى: أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة. فإنه قال: وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة فى العدة ولا بعدها، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائناً ليس فيه رجعة، وقال أبو بكر فى كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعاناً كانت أو غيره.

إحداهما: تحرم على التأبيد واختارها.

والثانية: له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس فى كلام أحمد ما يقتضى تحريمها عليه،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩: العنين.

وقوله : ليس فيه رجعة فى العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لأنه قد صرح فى سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجد سبب يقتضى تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما فى هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه .

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسألتنا ، وأما على قول الخرقى فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعى سواء أكان من المولى أو الحاكم وهذا مذهب الشافعى لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولى كالوكيل ، فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان. وهذا مذهب الشافعى ، وروى عن على « إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء فهى واحدة ويقتضيه[1] مذهب الزهرى : وهذا مبنى على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الإيلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك ، فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس المولى الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء أكان فى العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه . لأنه ليس بطلاق . فأشبه فسخ النكاح لعيبه أو عنته ، وإن طلق المولى أو الحاكم ثلاثا لم تحل له إلا بعد زوج ثان وإصابة ونكاح جديد .

إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها فى عدتها فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائناً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فإن كان الباقى منها أقل من أربعة أشهر سقط الإيلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفىء أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم فى وقفه الأول فإن طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه ، وهذا مذهب الشافعى ويقتضى مذهب أبى عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فإن فاء وإلا أمر بالطلاق : ونحو هذا مذهب مالك . وأبى عبيد ، وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء فإن راجع فى العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود ، وعطاء ، والحسن ، والنخعى ، وقتادة ، والأوزاعى ، أن الطلاق يهدم الإيلاء . وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرقى مثله ، ويحتمل أنه يزيل حكمه بالكلية لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ وهو .

وطئها ، والجواب عن هذا أن حكم اليمين باق فى المنع من الوطء فيبقى الإيلاء كما لو لم يطلق ، بخلاف الفيئة فإنها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها .

٦٠٨٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو وقفنا بعد الأربعة أشهر فقال : ، قد أصبتها فإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه ﴾

وهذا قول الشافعى لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه وهو يدعى ما يوافق الأصل ويبقيه ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن هذا أمر خفى ، ولا يعلم إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كقول المرأة فى حيضها وتلزمه اليمين ، لأن ما تدعيه المرأة محتمل ، فوجب نفيه باليمين ونص أحمد فى رواية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، وهذا اختيار أبى بكر ، فأما إن كانت بكراً واختلف فى الإصابة أريت النساء الثقات فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر قول الخرقى أنه لا يمين ههنا ، لقوله فى باب العنين : فإن شهدن بما قالت أجل سنة ، ولم يذكر يمينه ، وهذا قول أبى بكر لأن البينة تشهد لها ، فلا تجب اليمين معها .

٥٩٨٣ (فصـــل)

ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ، ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها ، فنقبل قوله فى الإصابة فى الإيلاء ، ولا نقبـــله فى إثبات الرجعة له . وقد سبق تعليل ذلك فى كتاب الرجعة .

٦٠٨٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت ﴾ .

وجملة الأمر : أن المولى إذا أبان زوجته انقطعت مدة الإيلاء بغير خلاف علمنا سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعى لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شىء من أحكام نكاحها ، فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة حينئذ ، فإن كان الباقى من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء ، لأن مدة التربص أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، ثم وقف لها فإما أن يفىء أو يطلق ، وإن لم يطلق طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة ، إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالكلية ، ولهذا ترجع إليه على طلاق

ثلاث ، فصار إيلاؤه في النكاح الأول كايلائه من أجنبية ، وقاله أصحاب الشافعي : يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالمذهبين ، وقول ثالث : لايعود حكم الإيلاء بحال ، وهو قول ابن المنذر ، لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثاً .

ولنا : أنه ممتنع من وطء إمرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء ، كما لو لم يطلق ، وفارق الإيلاء من الأجنبية فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها بخلاف مسألتنا .

٦٠٨٥ (فصــــل)

ولو آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها ، عاد الإيلاء . ولو كان المولى عبداً فاشترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الإيلاء ، ولو بانت الزوجة بردة أو إسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجاً جديداً عاد الإيلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك ، وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول عاد حكم الإيلاء ، لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء في حقه لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته .

٦٠٨٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو آلى منها واختلفا في مضى الأربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه ﴾

إنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضى المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا ؟ وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال : حلفت في غرة[1] رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان ، فالقول قوله لأنه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول فيه كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل ، قال الخرقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو بكر إلى أنه لايمين عليه ، قال القاضي وهو أصح لأنه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقي : قول النبي صلى الله عليه وسلم[2] « اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون .

---

(١) في المخطوطة ١٨ : في أول . (٢) أخرجه الشيخان عن ابن عباس بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى الناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى عليه » (ف) .

٦٠٨٧ (فصـــل)

فإن ترك الوطء بغير يمين لم يكن موليا لأن الإيلاء الحلف ولـكن إن ترك ذلك لعـذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين . إحداهما : تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا دعى بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل فى الإيلاء سواء لأنه أضر بها بترك الوطء فى مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولأن ما وجب أداؤه إذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات ، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ، ولأن وجوبه فى الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب ، فإن قيل : فلا يبقى للإيلاء أثر فلم أفردتم له بابا ؟ قلنا : بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفى بدلالته وإذا لم توجد اليمين احتجنا إلى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المقتضى لا لعينه . والثانية : لا تضرب له مدة وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى لأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الإضرار ، ولأن تعليق الحـكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه إذ لو ثبت هـذا الحـكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم .

انتهى الجزء السابع بحمد الله . ويتلوه الثامن بعون الله وأوله « باب الظهار »

فهرس الجزء السابع من المغنى

لابن قدامة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	صفحة

مطابع سجل العرب
شارع بستان الدكة - ٩ عماد الدين : القاهرة
تليفون - ٩٣٢٧٠٦